Die Beerbung der Kinder aus einer nichtigen Ehe durch den bösgläubigen Ehemann und seine Verwandten nach gesetzlicher Berufung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Erich Lion Levy,

Referendar.

ACAD. LEGIS. STAT. BIBL.

Breslau 1907.

Druck von Th. Schatzky G. m. b. H., Breslau, Neue Graupenstrasse 5.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Herbert Meyer.
Korreferent: Professor Dr. Fischer.

Meinen teuren Eltern

in Liebe und Dankbarkeit

gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Vorbemerkung: Abgrenzung des Themas und Terminologie 13

I. Teil:

Gemeines Recht.

§ 2. **I. Grundsätzliche Voraussetzung des gesetzlichen Erbrechts des Erzeugers und seiner Verwandten . . . 15**

II. Das gesetzliche Erbrecht des bösgläubigen Ehemannes und seiner Verwandten bei einer materiell nichtigen Ehe 17

1. Kapitel.

§ 3. Bei ebenfalls vorhandener Bösgläubigkeit der Ehefrau 17

2. Kapitel.

Bei Gutgläubigkeit der Ehefrau 18

Abschnitt 1:

§ 4. Die unmittelbare Wirkung der Putativehe auf die rechtliche Stellung der Kinder 18

Abschnitt 2:

Die Beerbung durch den bösgläubigen Ehemann 20

§ 5. Die Ansichten der kanonisch- und gemeinrechtlichen Schriftsteller 20

§ 6. Dem bösgläubigen Ehemann steht ein gesetzliches Erbrecht gegenüber den Kindern aus der Putativehe nicht zu . . . 23

§ 7. Es kommt ihm auch kein Erbrecht auf die sog. sextans zu 27

Abschnitt 3:

Die Beerbung durch die Verwandten des bösgläubigen Ehemannes 29

Abteilung 1:

§ 8. Die Stellungnahme der kanonisch- und gemeinrechtlichen Literatur 29

Abteilung 2:

Die Entscheidung nach dem Wesen der Putativehe und den erbrechtlichen Bestimmungen 30

Absatz 1: Seite
§ 9. Das Erbrecht der gutgläubigen Verwandten 30
Absatz 2:
§ 10. Das Erbrecht der bösgläubigen Verwandten 35

II. Teil.
Deutsches bürgerliches Recht.

§ 11. **I. Grundsätzliche Voraussetzung des gesetzlichen Erbrechts des Erzeugers und seiner Verwandten . . 38**
II. Das gesetzliche Erbrecht des bösgläubigen Ehemannes und seiner Verwandten bei einer materiell nichtigen Ehe 41

1. Kapitel.
§ 12. Bei ebenfalls vorhandener Bösgläubigkeit der Ehefrau 41

2. Kapitel.
Bei Gutgläubigkeit der Ehefrau 41

Abschnitt 1:
§ 13. Unmittelbare Wirkung des guten Glaubens auf die rechtliche Stellung der Kinder 41

Abschnitt 2:
§ 14. Die Beerbung durch den bösgläubigen Ehemann 42

Abschnitt 3:
Die Beerbung durch die Verwandten des bösgläubigen Ehemannes 44

Absatz 1:
§ 15. Das Erbrecht der gutgläubigen Verwandten 44

Absatz 2:
§ 16. Das Erbrecht der bösgläubigen Verwandten 56

Literaturverzeichnis.

Ahrens, Die Rechtsstellung der Kinder aus nichtigen Ehen nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1903.

Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten. Berlin 1863. (A. L. R.)

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. Stuttgart 1886.

Azo, Summa in Codicem 1530.

Barbosa, Augustinus, Collectanea doctorum tam veterum quam recentiorum in jus pontificium universum. Lugduni 1588.

Bartels, Ehe und Verlöbnis nach gemeinem und partikulärem Rechte in der Provinz Hannover. Hannover 1871.

Böhlau, Mecklenburgisches Landrecht, 2. Bd. 1. Abt. Weimar 1872.

Böhmer, Auserlesene Rechtsfälle. Göttingen 1799. 1. Bd. 1. Abt. (Böhmer Rechtsf.)

— Principia juris cannonici. 7. Aufl. 1802. (Böhmer Prinzip.)

— Jus ecclesiasticum protestanticum. Halae-Magdeb. 1740. (Böhmer.)

De Boor, Die Rechtsfolgen einer materiell nichtigen Ehe nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Rostocker Diss. Borna-Leipzig 1905.

v. Buchholz, Juristische Abhandlungen aus dem Gebiete des heutigen römischen Rechts. Königsberg 1833.

Buhl, „Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe nach dem bürgerlichen Gesetzbuch" in der Heidelberger Festgabe für Bekker. Berlin 1899.

Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896, Fischer-Henle. 7. Aufl. 1906. (B. G. B.)

Büschel, Streitfragen aus Novelle 118. Marburg 1839.

Caevallus, Speculum aureum opinionum communium contra communes. Ursellis 1602.

Cancerius, Jacobus, Variae resolutiones juris caesarei, pontificii et municipalis principatus Cathaloniae. Venetiis 1740.

Corpus juris cannonici, ed. Friedberg. Leipzig 1881.

Corpus juris civilis, ed. Mommsen-Krueger. Berlin 1870 ff.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 2. Jena 1904.

Decretales Gregorii Noni Pontificis cum epitomis, divisionibus et glossis ordinariis. Lugduni 1558.

Decretum Gratiani. Ausg. Lugduni 1541.

Dernburg, Pandekten. 7. Aufl. Halle 1896. (Dernburg Pand.)
— Preussisches Privatrecht. Halle 1896. Bd. 3. (Dernburg Pr. Pr.)
— Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. Bd. 4 u. 5. Halle 1903 u. 1905. (Dernburg B. R.)

Eichhorn, Einleitung in das Deutsche Privatrecht. Göttingen 1845.

Endemann, Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Bd. 1899.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 2. Bd. 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (R. G. E.)

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1888. (I. Entw.)

Fischer, „Ueber die Erfordernisse einer Putativehe und die Anwendbarkeit dieses Instituts auf den Fall einer wegen Mängel in der durch das R. G. vom 6. Februar 1875 vorgeschriebenen Form ungültigen Zivilehe." In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts, herausgegeben von Rassow und Küntzel. Bd. 25, S. 69 ff. (Gruchot.)
— „Die Ungültigkeit der Ehe und ihre Folgen, insbesondere bei Formmängeln." In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 17, (29), S. 248. (Fischer Jahrb.)
— Lehrbuch des preussischen Privatrechts. Berlin u. Leipzig 1887. (Fischer Pr. Pr.)

Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht. 7. Aufl. 1897.

Fraenkel, Das Familienrecht des bürgerlichen Gesetzbuches. Hann. 1898.

Freisen, Geschichte des kanonischen Eherechts bis zum Verfall der Glossenliteratur. Paderborn 1893.

Frick, „Ueber die Putativ-Ehe" in Sarweys Monatsschrift für die Justizpflege in Würtemberg. Bd. 5, S. 269 ff.

Frommhold, Kommentar zum B. G. B.: Das Erbrecht. Berlin 1899. (Frommhold Komm.)
— „Ueber das gesetzliche Erbrecht der Abkömmlinge des Enterbten nach dem Deutschen bürgerlichen Gesetzbuch." Im Arch. für bürgerliches Recht. Bd. 12, S. 305 ff. (Frommhold Arch.)

Gentilis, Albericus, Disputatio de nuptiis libri VII. Hannover 1601.

Gerber, System des Deutschen Privatrechts. Jena 1895.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. I. Leipzig 1895.

Gitzler, Handbuch des gemeinen und preussischen Eherechts der Katholiken und Evangelischen. Breslau 1840.

Giurba, Marius, Kommentar. s. lucubrationes in jus municipale Senatus messanensis et totius fere Siciliae. Lugduni 1673.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld. II. Teil. Erlangen 1791. (Glück Komm.)
— Hermeneutisch-systematische Erörterung der Lehre von der Intestat-Erbfolge nach den Grundsätzen des älteren und neueren römischen Rechts. Erlangen 1822. (Glück Intest.)

Glück, Opuscula juridica. Erlangae 1790. (Glück Opuscula.)
Gonzalez-Tellez, Comment. perpet. Decretalium Gregorii Noni 1690.
Habicht, Die Einwirkung des bürgerlichen Gesetzbuchs auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse. Jena 1900.
Der Stadt **Hamburg** Gerichts-Ordnung und Statuta. Hamburg 1842.
Hartitsch, Das im Königreich Sachsen geltende Eherecht. Dresden 1836.
Hellmann, Besprechung von Strohal: Das Deutsche Erbrecht in der Kritischen Vierteljahrsschrift. 3. F., III. Bd., S. 216 ff.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht. 1900.
Heymann, Die Grundzüge des gesetzlichen Verwandtenerbrechts nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1896.
Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Zivilrechts. 2. Bd., 3. Aufl. Leipzig 1864.
Jakobi, Das persönliche Eherecht des bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1896.
Justi, Historische und juristische Schriften. Bd. II. Frankfurt und Leipzig 1761.
Keller, Pandekten. 2. Bd., 2. Aufl. Leipzig 1867.
Knitschky, Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1899.
Knüppel, Rechtliche Stellung der Kinder aus nichtigen Ehen. Tübinger Diss. Borna-Leipzig 1905.
Koch, Lehrbuch des Preussischen gemeinen Privatrechts. 2. Bd., 2. Aufl. Berlin 1852.
Koeppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts. Würzburg 1895.
Kohler, Jos., „Stammeinheit und Nachberufung" im Archiv für ziv. Praxis. Bd. 59.
Kutschker, Das Eherecht der katholischen Kirche. Wien 1856/57.
Lauterbach, Colleg. Pandect. Tom. I.
Leonhard, R., „Das persönliche Eherecht des bürgerlichen Gesetzbuches" im Archiv für praktische Rechtswissenschaft. Bd. 18. (Leonhard Eher.)
— Der Allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900. (Leonhard Allg. T.)
v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Berlin 1905.
Madihn, Miszellen aus allen Teilen der Rechtsgelahrtheit. 1. Schock. Breslau 1814.
Maercker, Die Nachlassbehandlung. 16. Aufl. 1900.
Mankiewicz, Die Voraussetzungen der Putativehe in den Rechtsquellen des gemeinen Rechts und nach heutiger Doktrin. Göttinger Diss. 1895.
Mascov, Opuscula juridica et philologica de matrimonio putativo. Göttingen 1738.
Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 1899.
Mauritius, Ericus, Consiliorum Chiloniensium Specimen. Chiloni 1669.

Mayer, Intestat-Erbrecht der liberi naturales nach dem heutigen römischen Recht. 1838.

Maynard, Gerhard de, Decisiones novae tholosanae. Frankf. a. M. 1610.

De Mesa, Arias, Variarum Resolutionum et Interpretationum juris libri tres. Lugduni 1672.

Meyer, Das Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Marburg 1904/05.

Mommsen, Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht. 1870.

Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. 4 u. 5. 1888. (Mot.)

Olea, Alfonso de, Decisiones iurium et actionum. Venetiis 1773.

Opet, Das Verwandtschaftsrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1899.

Palaeotus, Gabriel, De nothis spuriisque filiis liber singularis. Frankfurt a. M. 1573.

Pfaff und **Hofmann,** Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche. Wien 1877.

Philler, Martin, Die Rechtsstellung der Kinder aus nichtigen Ehen nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1906.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar. Bd. 4 u. 5. Berlin 1906.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 4 u. 5. (Prot.)

Richter, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts. Leipzig 1848.

Richter, Dove und **Kahl,** Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts. Leipzig 1886.

Rosshirt, Einleitung in das Erbrecht und Darstellung des ganzen Intestat-Erbrechts, besonders nach römischen Quellen. Landshut 1831.

v. Roth, System des deutschen Privatrechts. Tübingen 1880—86.

Sachsenspiegel des Eyke von Repgow (Landrecht), ed. Homeyer. Berlin 1835.

Sachsen, bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich, herausg. von Siebenhaar. Leipzig 1865.

Sägmüller, Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts. Freiburg 1904.

Sanchez, Disputationes de sancto matrimonii sacramento. Venetiis 1625.

Scherer, Handbuch des Kirchenrechts. 2. Bd. Graz, Leipzig 1898.

Scheurl, Das gemeine deutsche Eherecht. Erlangen 1882.

Schirmer, Handbuch des römischen Erbrechts. I. Teil. 1863.

Schlesinger, „Die Voraussetzungen des Intestat-Erbrechtes des unehelichen Vaters" im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 50.

Schmalzgrueber, Franciscus, Jus ecclesiasticum universum. Romae 1845.

Schneidewein, Johannes, Tractatus de nuptiis. 1550.

Schott, Einleitung in das Eherecht. 1786.

Schwabenspiegel (Landrecht), ed. Lassberg. Tübingen 1840.

Schweppe, Römisches Privatrecht.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten. (Seuff. Arch.)
Sichard, Joh., In codicem Justianeum Praelectiones. Frankfurt 1586.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. 3. Bd. Leipzig 1869.
Spahn, Verwandtschaft und Vormundschaft nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1901.
v. Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 4 1899, Bd. 5 1902.
Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts. Bd. 4. Berlin 1900.
Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1903/4.
Stryk, Continuatio tertia Usus moderni Pandectarum. Tom. III. Halae-Magdeb. 1747.
Thaner, Summa magistri Rolandi. 1874.
Tiraquellus, Andreas, De legibus connubialibus et iure maritali. Venetiis 1575.
Thiesing, Adolf, Die Wirkungen nichtiger Ehen. München 1907.
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1867.
v. Wächter, Pandekten. Bd. 2. Leipzig 1881.
— Die Bona fides, insbesondere bei der Ersitzung des Eigentums 1871.
Wagnereck, Commentarius exegeticus. Dilingae 1572.
Walter, Lehrbuch des Kirchenrechts aller christlichen Konfessionen. Bonn 1839.
v. Wenning-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Zivilrechts. München 1822.
Westphal (Purgold), De veris casibus matrimonii putativi. Halae-Magdeb. 1758.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, bearb. v. Kipp. Frankfurt a. M. 1906.

Die Schriften sind, soweit im Literaturverzeichnis nicht eine andere Abkürzung in Klammern angegeben ist, lediglich mit dem Autornamen zitiert.

§ 1.

Vorbemerkung.

Abgrenzung des Themas und Terminologie.

Eine Ehe ist nichtig, wenn ihrem Abschluss ein sogenanntes impedimentum dirimens publicum entgegensteht. Seitdem zum Eheabschluss eine Form vorgeschrieben ist, was für das kanonische und damit für das gemeine Recht hinsichtlich der Katholiken durch Sessio 24 des Tridentiner Konzils geschah, (während es bei den Evangelischen durch Kirchenordnungen und gewohnheitsrechtlich festgelegt ist),[1]) für das deutsche bürgerliche Recht im Anschluss an das R.G. vom 6. II. 1875 durch §§1317ff. B.G.B. angeordnet ist, kann diese Nichtigkeit im wesentlichen einmal darauf beruhen, dass die vom Recht vorgeschriebene Form nicht gewahrt worden ist, dann aber auch darauf, das ein anderes gesetzliches Ehehindernis vorlag. Im ersteren Falle spricht man heute von einem matrimonium non existens, von formeller Nichtigkeit,[2]) Nichtehe,[3]) absoluter Nichtigkeit,[4]) im letzteren Falle von einem matrimonium nullum, von materieller Nichtigkeit,[2]) Scheinehe,[3]) relativer Nichtigkeit.[4]) [5])

---

[1]) S. Eichhorn II, S. 320 ff.; Scheurl, S. 80; Walter, S. 575.

[2]) Planck II, 1, S. 48.

[3]) Cosack II, § 278.

[4]) Staudinger, § 1699 I.

[5]) Im kanonischen Recht war dieser Unterschied nicht so ausgeprägt. Das „matrimonium invalidum" zerfiel zwar in das matrimonium nullum und das matrimonium irritum, je nachdem die Form beim Eheabschluss nicht beobachtet war oder ein trennendes materielles Hindernis entgegenstand (Sägmüller, S. 467); jedoch konnte sowohl das matrimonium irritum als auch das matrimonium nullum nur durch Nichtigkeitsklage aufgelöst werden (S. Scheurl, S. 353).

Hier soll nur von bestimmten erbrechtlichen Wirkungen der zweiten Art der nichtigen Ehe gehandelt werden.

Diese Beschränkung erscheint zulässig, da für das gemeine Recht aus jüngster Zeit umfassende Studien von Fischer und Thiesing[1]) über die Wirkungen der formell nichtigen Ehe vorliegen und für das moderne Recht eine jeden Zweifel ausschliessende Regelung eingetreten ist.

Unter den oben angegebenen verschiedenen Bezeichnungen für die beiden Arten der nichtigen Ehe sind hier die Bezeichnungen „formell und materiell nichtige Ehe" gewählt worden. Diese Terminologie ist zwar nach heutigem Recht nicht mehr ganz richtig, insofern als der Unterschied zwischen dem matrimonium non existens und dem matrimonium nullum nicht mehr[2]) in der Wahrung der wesentlichen Formen besteht, da nach § 1329 B. G. B. die Geltendmachung der Nichtigkeit auch bei einer „formell nichtigen" Ehe dann durch die Nichtigkeitsklage geschehen muss, wenn die Ehe in das Heiratsregister eingetragen ist. Dennoch ist dieser Bezeichnung hier der Vorzug gegeben worden, da eine Einheitlichkeit bezüglich der Ausdrucksweise in der Literatur noch nicht erzielt ist, auch die andern vorgeschlagenen Bezeichnungen an Fehlern leiden, die hier gebrauchte aber die am meisten verbreitete ist und das Wesen des Unterschiedes wenigstens annähernd bezeichnet.[3])

---

[1]) S. Literaturverzeichnis.

[2]) S. Anm. 5, S. 13.

[3]) S. über die Terminologie ausser den oben angeführten Schriftstellern neuestens Thiesing, S. 84 ff.

1. Teil.

Gemeines Recht.

§ 2.

I. Grundsätzliche Voraussetzung des gesetzlichen Erbrechts des Erzeugers und seiner Verwandten.

Das Intestaterbrecht des gemeinen Rechts, beruhend auf den Nov. 118 und 127 Justinians, ist im Prinzip ein Verwandtenerbrecht. Nur wer im Augenblick des Todes des Erblassers mit diesem im Rechtssinne verwandt ist, kann ihn grundsätzlich ab intesto beerben. Auch der Erzeuger eines Kindes beerbt dieses nur, wenn er mit ihm rechtlich verwandt ist. Während eine rechtliche Verwandtschaft mit dem Kinde bei der Mutter immer vorhanden ist, gleichgültig, ob das Kind in einer Ehe oder ausserehelich geboren ist,[1]) hängt die Verwandtschaft der gesamten Vaterseite mit dem Kinde von dem Bestehen einer Ehe ab.[2])

Wann aber eine Ehe besteht, oder wann wenigstens gewisse Wirkungen in einer Ehe eintreten, ist für das gemeine Recht nicht nach den Grundsätzen des römischen Rechts, sondern nach denen des kanonischen Rechts zu beantworten; denn dieses wurde mit dem römischen Recht zu gleicher Zeit in Deutschland rezipiert, und wenn auch in bezug auf einzelne Rechtsnormen über das Verhältnis der beiden Rechte zu einander Streit herrscht, so ist

---

[1]) § 12, Inst. I; 10; l. 23, D. I, 5; Windscheid I, § 56b.

[2]) Wächter II, § 276 II; Dernburg III, § 135, Nr. 2.

doch zu sagen, dass, wenn nicht das deutsche Rechtsbewusstsein geradezu gegen die Anwendung kanonischer Rechtssätze sprach, dem kanonischen Recht, das zum grössten Teil auf den corpus iuris canonici beruht, als der jüngeren Rechtsquelle der Vorzug gegeben worden ist. Ganz zweifellos ist dies beim persönlichen Eherecht der Fall, das durch den Gerichtsgebrauch vor den geistlichen Gerichten, die das ganze Mittelalter bis in die neuere Zeit allein über Ehesachen entschieden, zur Anwendung gelangt ist.[1]) Auch für die Evangelischen ist das corp. iuris canonici Rechtsquelle.[2]) Erst in neuerer Zeit ist im gemeinrechtlichen Eherecht für das Deutsche Reich eine Änderung, aber nur auf beschränktem Gebiete, durch das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschliessung eingetreten. Aber in bezug auf die Voraussetzungen und Wirkungen der nichtigen Ehen hat auch dieses keine Änderung des alten Rechtes hervorgerufen; denn es hat zwar u. a. die Ehehindernisse aufgezählt, aber, von wenigen Ausnahmen (§§ 37, 38 d. Ges.) abgesehen, nicht die Wirkungen der einzelnen Ehehindernisse geregelt, sondern diese Regelung der Landesgesetzgebung überlassen (§ 36). In diesem Zusammenhang ist unter Landesgesetz auch das gemeine Recht zu verstehen, insofern als vom Jahre 1806 ab das gemeine Recht das Landesrecht vertrat.[3]) Es ist also bezüglich der Frage nach den Voraussetzungen und Wirkungen der nichtigen Ehe im gemeinen Recht bei der Regelung durch das kanonische Recht geblieben.

Eine nichtige Ehe liegt nach kanonischem und also auch nach gemeinem Recht dann vor, wenn eine Ehe geschlossen worden ist, obwohl ihrer Eingehung eins der

[1]) Dernburg, Pand. I, S. 24; Windscheid I, S. 1 ff.; Bartels, § 10; Freisen, S. 69.

[2]) Richter, § 64 ff.; Schott, S. 69.

[3]) Immerhin blieb es gemeines Recht und wurde nicht etwa gemeinsames (gemeinschaftliches) Landesrecht. S. über diese Frage Windscheid, S. 7, Anm. 7; Gierke I, § 6 [8. 16].

sogenannten impedimenta dirimentia publica entgegenstand. Die Folge ist, dass eine solche Ehe nicht mit den Wirkungen einer vollgültigen ausgestattet ist. Da eine der Ehewirkungen die Ehelichkeit der Kinder und damit die rechtliche Verwandtschaft mit dem Erzeuger ist,[1]) von dieser aber das gesetzliche Erbrecht gegenüber den Kindern abhängt, so ist **grundsätzlich** bei der nichtigen Ehe kein Intestaterbrecht des Erzeugers und seiner Verwandten gegenüber den Kindern gegeben.

II. Das gesetzliche Erbrecht des bösgläubigen Ehemannes und seiner Verwandten bei einer materiell nichtigen Ehe.

1. Kapitel.

§ 3.

Bei ebenfalls vorhandener Bösgläubigkeit der Ehefrau.

Der im § 2 aufgestellte Grundsatz findet in einer materiell nichtigen Ehe dann uneingeschränkte Anwendung, wenn beide Ehegatten bösgläubig sind, d. h. die Nichtigkeit der Ehe kannten. In diesem Falle liegt gar kein Grund vor, das Prinzip zu durchbrechen, und jedenfalls fehlt es für eine solche Durchbrechung an jedem gesetzlichen Anhalt. Auch Gutgläubigkeit der Verwandten des bösgläubigen Ehemannes verschafft diesen nicht ein Erbrecht. Denn da der Vater im Rechtssinne nicht mit seinem Kinde verwandt ist, mangelt es auch an jeder Verwandtschaft seiner Verwandten mit dem Kinde, denn diese könnte nur durch ihn vermittelt sein. Mithin ist die notwendige Grundlage für ein Intestaterbrecht weder für den Ehemann, noch für seine Verwandten vorhanden.

---

[1]) S. Anm. 2, S. 15.

2. Kapitel.

Bei Gutgläubigkeit der Ehefrau.

Abschnitt 1.

§ 4.

Die unmittelbare Wirkung der Putativehe auf die rechtliche Stellung der Kinder.

Die Bösgläubigkeit des Ehemannes immer vorausgesetzt, wird sich die Rechtslage aber anders gestalten, wenn die Ehefrau sich „in gutem Glauben" über die Gültigkeit der Ehe befindet. So nennt man die auf entschuldbarem Irrtum beruhende Überzeugung vom Recht, während ihr Gegenteil der, schon so bezeichnete, „böse Glaube" ist."[1]) Infolge dieser ihrer Gutgläubigkeit wird ihre Ehe zu einer von den Kanonisten so genannten Putativehe, die für das gemeine Recht definiert wird als „eine ungültige Ehe, bei der mindestens einer der Beteiligten sich in dem entschuldbaren Irrtum befunden hat, in einer gültigen Ehe zu leben, und bei der deshalb für den oder die gutgläubigen Ehegatten und die Kinder in einem gewissen Umfange die Wirkungen einer gültigen Ehe eintreten."[2])

Das Institut der Putativehe, von dem das römische Recht nur geringe Spuren aufweist,[3]) ist im kanonischen Recht zur vollen Ausbildung gelangt.[4]) Auch das alte

---

[1]) S. für die Putativehe Sanchez lib. 3, disp. 3, Nr. 13; Westphal-Purgold, § III; Palaeotus, cap. 9; Boehmer, Princip., S. 386; Hertius, § 17; Freisen, S. 858; Fischer (Gruchot), S. 81. Ob allgemein die Entschuldbarkeit für die bona fides erforderlich ist, kann hier dahingestellt bleiben. Siehe darüber: Wächter, Bona fides, § 3f.

[2]) Fischer (Gruchot), S. 69; Hertius, § 7; Frey, § 279; Bartels, S. 289; Freisen, S. 858; Sägmüller, S. 466, 585.

[3]) l. 57, § 1 D. de ritu nuptiarum (23, 2); l. 4, C. 5, 5 (c. 23, § 5, C. 5, 4 gehört nicht hierher). Buchholz, S. 191; Schirmer, § 12, Nr. 8; Scherer, S. 532; Böhmer (Rechtsf.), S. 181; Freisen, S. 860. Siehe auch die Summa Azonis zu l. 4, C. 5, 5.

[4]) Cap. 2, 8, 10, 14, 15 X qui filii sint legitimi 4, 17; cap. 3 § 1 X de cland. desp. 4, 3; cap. 3, Comp. II de cognat. spirit. IV, 6; Scherer, S. 532; Freisen, S. 858; Fischer a. a. O.; Mankiewicz a. a. O. Wegen der Streitfrage, ob auch eine Putativehe vorliegt, wenn

deutsche Recht enthält Rechtsgedanken, die den bei der Putativehe zum Ausdruck kommenden gleichen,[1]) so dass die Rezeption des Instituts in Deutschland sehr erleichtert war und auch überall stattfand.[2])[3])

Von den Wirkungen der Putativehe, die sie nach der angeführten Definition in gewissem Umfange gleich der gültigen Ehe haben soll, kannten die Quellen des kanonischen Rechts nur die eine: die Kinder aus solchen Ehen gelten ausnahmsweise als legitim.

Während der Begriff „legitim" in älterer Zeit lediglich „erbfähig", „erbberechtigt" bedeutet, also die wesentlichste praktische Seite der Ehelichkeit eines Kindes betont, erweitert er sich später zu dem Begriff „ehelich" überhaupt.[4]) Dass er in den Quellen diese letztere Bedeutung hat, geht schon aus Cap. 2 X, 4, 17 hervor, wo nicht bloss die Erbberechtigung, sondern als weitere Folge der Ehelichkeit die Alimentationspflicht erwähnt wird. Die Kinder aus einer Putativehe sollen also den ehelichen Kindern gleichgestellt sein, obwohl sie an sich, als aus einer ungültigen Ehe stammend, als unehelich zu behandeln wären. Während ein uneheliches Kind seinen Erzeuger nicht beerbt, da das vermittelnde Band der Verwandtschaft fehlt, ist ein Kind aus einer Putativehe in-

---

beim Eheabschluss gegen die Formvorschrift verstossen ist, verweise ich auf die Vorbemerkung. Ebensowenig soll hier darauf eingegangen werden, ob auch error juris nicht schadet; ferner nicht darauf, welche Wirkung die mala fides superveniens hat. Siehe darüber neuestens Thiesing, § 5.

[1]) Sachsenspiegel lib. 3, art. 27. Schwabenspiegel art. 287. Stadt Hamburg. Gerichts-Ordnung und Statuta art. 32. Goslarer Statut S. 15, Z. 8 ff. — Siehe Stobbe IV, § 313, 1; Roth II, § 152, S. 476; Brünners Schöffenstuhl art. 348.

[2]) Aus der Praxis: Böhmer (Rechtsf.), S. 176 ff. Seufferts Archiv, Bd. 1, Nr. 236; Bd. 2, Nr. 60; Bd. 19, Nr. 157; Bd. 46, Nr. 102; Bd. 47, Nr. 179. Ferner Philler, S. 10.

[3]) Auch das evangelische Kirchenrecht kennt die Putativehe. Siehe Böhmer: Jus eccles. protest. tom. IV, lib. IV, tit. 18: „Liberi ex hujus modi matrimonio nati sunt legitimi et ad parentum successionem admittendi." Ferner Fischer (Gruchot), S. 82, § 7.

[4]) Freisen, S. 69, 858; Thiesing, S. 35.

folge der durch Verleihung der Legitimität ihm beigelegten Verwandtschaft mit seinem Erzeuger[1]) diesem gegenüber erbberechtigt. Aber diese Erbberechtigung besteht aus denselben Gründen grundsätzlich auch umgekehrt, also seitens des Ehemannes einer Putativehe gegenüber den aus dieser Ehe hervorgegangenen Kindern. Dies ergibt sich auf Grund der vom Gesetz konstruierten Verwandtschaft als notwendige Folge des Wortsinns der Gesetzesstellen und ist auch mit wenigen Ausnahmen von der gesamten Literatur des kanonischen und gemeinen Rechts anerkannt.[2])

Abschnitt 2.

Die Beerbung durch den bösgläubigen Ehemann.

§ 5.

Die Ansichten der kanonisch- und gemeinrechtlichen Schriftsteller.

Es ist dies aber nur der Grundsatz, und es fragt sich, ob dieser Grundsatz auch dann gilt, wenn der Ehemann die Nichtigkeit der Ehe kannte, also bösgläubig ist. Eine direkte gesetzliche Bestimmung für diesen Fall existiert nicht. Ehe aber die Frage aus dem Geist der vorhandenen Bestimmungen über die Putativehe heraus beantwortet werden soll, möge zunächst ein kurzer Blick auf den Standpunkt der kanonisch- und gemeinrechtlichen Literatur geworfen werden.

Die Glosse nimmt zu dieser Frage keine Stellung. Während die Quellen, wie gesagt, lediglich die Legitimität der Kinder als Wirkung der Putativehe erwähnen, ist in der kanonisch- und gemeinrechtlichen Literatur eine Weiterentwicklung des Instituts der Putativehe zu bemerken, insofern als der Umfang der Wirkungen zunahm, da sie

---

[1]) Hierauf wird unten näher eingegangen werden.

[2]) Dagegen: Wenning-Ingenheim III, S. 158, und Rosshirt, S. 318, ohne ausreichende Begründung; ferner Schweppe, S. 674, 699, Anm. 2, welcher meint, dass die Vorteile der wirklichen Ehe nur die Kinder haben sollen. Dagegen siehe ausführlich unten § 9.

sich auch auf das Verhältnis der Ehegatten zu einander ausdehnten. Träger der Entwicklung sind die Kommentatoren des Corpus iuris canonici verschiedener Länder: Spanier wie Gonzallez-Tellez, Portugiesen wie Barbosa, Italiener wie Giurba; unter den Deutschen hat sich als erster Hertius mit der Putativehe eingehend beschäftigt; auf ihn stützen sich fast sämtliche gemeinrechtliche Schriftsteller. Während noch der fast internationale Albericus Gentilis im Cap. 25 (S. 260) sagt, dass die Putativehe nicht die volle Wirkung einer wahren Ehe habe, so kein Erbrecht der Gatten, kein Dotalrecht u. s. w., spricht Giurba, der zirka 60 Jahre später lebende Italiener, im Cap. 16 Gloss. II, Nr. 6 (S. 583) schon von der verschiedenen Meinung der Schriftsteller über diesen Punkt: die einen liessen eine Gleichstellung mit der wahren Ehe nur in Beziehung auf die Dos zu, die anderen concedierten noch mehr. Er schliesst sich der Ansicht derer an, die nur in bestimmten Ausnahmefällen eine Gleichstellung zulassen. Derselben Ansicht ist der im 17. Jahrhundert lebende Gonzallez-Tellez zu 4, 17, Cap. 2, Nr. 4.[1]) Während die Putativehe nach diesen Ansichten noch eine modifizierte nichtige Ehe ist, sehen wir bei den Deutschen den entgegengesetzten Standpunkt vertreten, nach dem sie eine Abart des matrimonium ist. Diese Auffassung rührt von Hertius her, welcher als prima regula hinstellt (§§ 19 ff.): quae communi iure insunt nuptiis veris, etiam putativis, saltem bona fide utentem quod attinet inesse censentur. Auf Hertius berufen sich zunächst Mascov (S. 414) und Glück (S. 142), die beide definieren: „Matrimonium putativum, quamquam in se nullum sit, tamen iuribus veri matrimonii tam diu gaudet, donec dirimatur." Diese Anschauung blieb dann in Deutschland die herrschende: sowohl im Verhältnis der Eltern zu den Kindern, als auch im Verhältnis der Ehegatten zu einander übte die Putativehe rücksichtlich der oder des in bona fide befindlichen volle Wirkungen einer gültigen

---

[1]) Siehe ferner Arias de Mesa III, Cap. 22, S. 275; Tiraquell, Gloss. 88, Nr. 233—270.

Ehe aus.[1]) Da hiermit schon weit über die Bestimmungen der Quellen hinausgegangen war, so lag die Gefahr nahe, dass man noch einen Schritt weiter ging, damit aber ganz den Zusammenhang mit der ursprünglichen Rechtsansicht verlor, indem man die Wirkungen eines gültigen matrimonium auch zu Gunsten des bösgläubigen Gatten eintreten liess. Und in der Tat gewährten vereinzelte Schriftsteller dem bösgläubigen Vater die Verwandtenrechte und damit das Erbrecht gegenüber den Kindern. So Wagnereck, welcher in Cap. 14 zu IV, 17 sagt: „Quamvis alii putent, eum, qui habet malam fidem, non habere iura parentis in tali filio, est tamen etiam contrarium probabile." Derselben Ansicht ist Barbosa (Cap. 14, Nr. 4 zu 4, 17)[2]) Sie fand jedoch keine allgemeine Bedeutung. Sanchez,[3]) Gonzallez-Tellez,[4]) Giurba[5]) und die ihnen folgenden Kanonisten stehen auf dem entgegengesetzten Standpunkt, der auch in Deutschland zunächst von Hertius vertreten wurde, welcher sich in § 36 äussert: „Nec idem (qui malam fidem habuit) jura parentis in liberos ex putativo matrimonio genitos habere potest, ... nec eidem successionem ab intestato succedere."

Diese Ansicht ist im gemeinen Recht geradezu gewohnheitsrechtlich zum Ausdruck gebracht worden. Während ausländische Kanonisten noch vereinzelt, wie wir gesehen haben, ihr entgegentreten, gibt es unter den deutschen Schriftstellern wohl keinen, der dem bösgläubigen Vater die Rechte des ehelichen und speziell das gesetz-

---

[1]) Siehe Justi, S. 471 ff. Böhmer (Prinzip.), S. 386. Glück, Komm. II, S. 92. Aus der Praxis: Seuff, Arch, Bd. I, Nr 236; Bd. II, Nr. 60; Bd. XIX, Nr. 157. Unter Neueren: Gitzler, S. 169 Walter, S. 620. Scherer, S. 531. Richter, Dove und Kahl, S. 1167. Wächter II, S. 586. Mot. IV, S. 66. Philler, S. 10/11. Siehe auch Frick (in Sarweys Monatsschrift für Justizpflege in Würtemberg, Bd. V, S. 269—292.

[2]) Der jedoch an anderer Stelle (Cap 2 eod.) sagt: „Parens, qui habet malam fidem, non gaudet iure legitimo." Siehe auch Schmalzgrueber, S. 318 ff., Nr. 19.

[3]) lib. 8, disp. 34, Nr. 46.

[4]) 4, 17, Cap. 2.

[5]) Cap. 5, Gloss. 5, Nr. 7.

liche Erbrecht gegenüber den Kindern zubilligte. Eine abweichende Rechtsansicht ist jedenfalls in der deutschen Theorie und Praxis nicht hervorgetreten.[1])

§ 6.

Dem bösgläubigen Ehemann steht ein gesetzliches Erbrecht gegenüber den Kindern aus der Putativehe nicht zu.

Die von den Schriftstellern vertretene Ansicht ist durchaus nach dem Geiste der Bestimmungen über die Putativehe gerechtfertigt.

Zu Gunsten der Kinder ist der Grundsatz, dass aus nichtigen Ehen nur uneheliche Kinder geboren werden können, durchbrochen. Sie ziehen daher aus den Folgen der Ausnahmebestimmung den grössten Vorteil; jedoch ist der Rechtssatz nicht lediglich mit Rücksicht auf die Schuldlosigkeit der Kinder aufgestellt; das ersieht man daraus, dass, wenn allein die Rücksicht auf diese ausschlaggebend gewesen wäre, das Recht dazu hätte gelangen müssen, auch den unehelichen, aus gar keiner Ehe stammenden Kindern, den liberi naturales, spurii und vulgo quaesiti, Ehelichkeit zu verleihen, denn sie sind an einer Gesetzesübertretung genau so unschuldig wie die Kinder aus der Putativehe.[2]) Gegen diesen Vergleich lässt sich nicht einwenden, dass ja im letzteren Falle keine Eheschliessung vorhanden sei. Auf eine solche käme es, wenn nur die Rücksicht auf die Schuldlosigkeit der Kinder ausschlaggebend wäre, zumal bei der Formlosigkeit im alten kanonischen Recht nicht an, da sie für die Tatsache

---

[1]) Siehe Koch, § 36. Stryk (Usus) III, S. 106 ff. Mascov, S. 415. Böhmer, Rechtsf., S. 181. Schmalzgrueber, S. 318 ff., Nr. 18. Scheurl, S. 356. Kutschke, S. 400. Schott, S. 274. Walter, § 712. Friedberg, S. 438. Glück, § 165. Holzschuher II, S. 658. Arndts, § 476. Sintenis, § 163. Dernburg, Pr. Pr. III, S. 539. Habicht, S. 609. Pfaff, § 756, Anm. 5. Heymann, S. 49. Windscheid, § 566, Anm. 5.

[2]) S. Fischer (Jahrb.), S. 313.

der Erzeugung der Kinder völlig unwesentlich ist. Ein anderer Gesichtspunkt muss also der leitende gewesen sein, und das war der, dass der gute Glaube eines oder beider Ehegatten Berücksichtigung verdiene.[1])[2])

Der gutgläubige Gatte ist natürlich mit bedacht, wenn seine Kinder als ehelich gelten. Daran hat er das denkbar grösste Interesse, zumal die Unehelichkeit im gemeinen Recht auch öffentlich-rechtlich und gesellschaftlich sehr unangenehm fühlbare Folgen hatte.[3]) Auch die oben[4]) dargelegte gewohnheitsrechtliche Weiterentwicklung zeigt, dass immer dieser gute Glaube der leitende Gesichtspunkt war, wenn das Verhältnis schliesslich so angesehen wurde, als ob es auf Seiten des gutgläubigen Gatten eine vollgültige Ehe wäre, so dass dieser auch dem anderen Gatten gegenüber alle Rechte eines ehelichen hatte.

In diesen seinen Wirkungen ging zwar das Gewohnheitsrecht über das des corpus iuris canonici hinaus, hielt jedoch streng an dem Prinzip fest: nur die Rücksicht auf den guten Glauben ist die ratio legis. Mithin würde es gegen den Geist des Gesetzes verstossen, wollte man auch dem bösgläubigen Vater die Rechte des ehelichen zubilligen. Das Recht kann demjenigen, der bewusst ein Gesetz übertritt, nicht dafür noch besonderen rechtlichen

---

[1]) Dies empfindet teilweise schon Gonzallez-Tellez, wenn er zu IV. 17, Cap. 2, Nr 7 sagt: „Ut ad rationem praesentis decisionis perveniamus, ea provenit ex fide bona contrahentium vel saltem unius eorum, quae inducit talem legitimationem, simul et filiorum favor. Itaque in gratiam filiorum et ipsius matrimonii legitimatio contingit.“ Siehe auch die Glosse zu Cap. 14 X IV, 17: „Nota quod ignorantia alterius parentis facit, quod filii de tali matrimonio nati legitimi sunt, et favor prolis ad hoc coadiuvat.“ Also nur unterstützend wirkt der favor prolis, ist keineswegs allein der ausschlaggebende Umstand!

[2]) Schon im römischen Recht hat bei nichtigen Ehen der gute Glaube gewisse mildernde Wirkungen gehabt. Gerade bei Besprechung der Putativehe weist Hertius (§ 22) auf die causae probatio des römischen Rechts hin. Siehe auch Fischer (Gruchot), S. 84.

[3]) Siehe Fischer (Gruchot), S. 83.

[4]) Siehe oben S. 20. ff.

Vorteil gewähren. Vielmehr sind ihm als Strafe für seine durch die Gesetzesübertretung an den Tag gelegte schlechte Gesinnung die ihm sonst zustehenden Rechte entzogen.[1])

Diese Art Strafe entspricht ganz dem römischen Recht. So entzieht l. 128 D. de legatis I dem tutor, der trotz des Verbotes sein Mündel geheiratet hat, das Erbrecht aus dem Testament: et merito, delinquunt enim hi, qui prohibitas nuptias contrahunt, et merito puniendi sunt. Genau derselbe Gedanke liegt unserer Entscheidung zu Grunde.

Jedoch ist das Verhältnis der Kinder zu den Eltern nicht so zu konstruieren, dass die Kinder in Ansehung des gutgläubigen Gatten als legitim gelten, in Ansehung des bösgläubigen als illegitim. Dieser Auffassung tritt schon die Glossa ordinaria entgegen. Dort heisst es (Gl. s. v. quod. autem ad C. 35 Qu. 7, Decr. Grat.):

> „ . . . si autem unus scivit, alter nescivit, dicunt quidam, quod quantum ad scientem non sunt legitimi, sed quantum ad ignorantem sunt . . . Sed licet Hug. et L. ita dixerint, tamen reprobatur eorum distinctio . . . . quia inconveniens esset, quod aliquis esset partim legitimus et partim illegitimus: sicut nemo potest esse partim liber, partim servus."

Noch öfters nimmt die Literatur Gelegenheit, die Auffassung der doppelseitigen familienrechtlichen Stellung der Kinder zurückzuweisen. Unter andern[2]) betont auch Sanchez (lib. 8, disp. 34, num. 46): „. . . legitimum non solum quoad parentem habentem bonam fidem, sed etiam quoad alium malam fidem habentem." Wenn die hier zurückgewiesene Ansicht richtig wäre, dann könnte man nicht die Rechte der Kinder gegenüber dem Bösgläubigen begründen; und hätten die Kinder diese Rechte nicht,

---

[1]) Auch Schneidewein vertritt eine ähnliche Anschauung. Er zählt (Pars III, Nr. 15 ff.) die Strafen auf, welche die Ehegatten von inutiles nuptiae treffen; unter diesen die Illigetimität der Kinder, die nicht eintritt, wenn beide oder einer der Ehegatten gutgläubig sind. Siehe auch Freisen, S. 860.

[2]) Siehe Glosse zu Cap. 3 X IV, 3. Ferner Maynard, lib. IV, Decisio XVI, Nr. 17. Schmalzgrueber, vol. 8, S. 318 ff., Nr. 16.

dann wäre der Zweck des Institutes verfehlt, das doch auch gerade den „favor prolium“ zum Ziel hat. Verwandtschaft besteht vielmehr auch mit dem bösgläubigen Vater, nur soll er nicht die sich aus ihr ergebenden Rechte haben. Die Kinder der Putativehe haben also gegen den Bösgläubigen die Rechte ehelicher, also auch das gesetzliche Erbrecht.[1]) Das umgekehrte Erbrecht des bösgläubigen Vaters gegenüber den Kindern der Putativehe, das ihm als legitimen Vater zustehen würde, kann ihm jedoch nicht gewährt werden. Nimmt man für das gemeine Recht den Grundsatz der Reziprozität des Erbrechts als bestehend an,[2]) so liegt hier eine Durchbrechung dieses Prinzips vor,[3]) die aus dem Geiste der Bestimmung über die Putativehe heraus ganz gerechtfertigt ist: auf der einen Seite stehen die Kinder, die schuldlos an der Gesetzesübertretung sind und deshalb nicht die Nachteile der Übertretung spüren sollen, auf der anderen Seite aber derjenige, der selbst wissentlich das Gesetz übertreten hat.[4]) Gäbe man ihm das Erbrecht des ehe-

---

[1]) Giurba, Cap. 5, Gloss. 5, Nr. 5, S. 301: „Nedum quoad parentum habentem bonam fidem, sed quoad, alium malam fidem habentem, utrique ab intestato succedere potest.“ Ebenso Gonzalez 4, 17, Cap. 2, Nr. 6. Cancerius, Pars III, Cap. 11, Nr. 109. Hertius, § 22. Koch, § 26. Glück, Intest., § 156. Wenning-Ingenheim, S. 158. Wächter, S. 585. Nur Sichard und die bei ihm Angeführten sind anderer Meinung. Sie kommen dazu, weil sie Illegitimität gegenüber dem Bösgläubigen annehmen. Sichard, l. 4, C. 5, 5, S. 545: „... ei qui scivit vitium vel impedimentum, non fieri legitimos, et ideo eis non posse succedi: quae sententia mihi magnopere placet.“

[2]) So Glück, S. 489. Koch, § 49. Madihn 27, S. 126; anders Rosshirt, S. 318.

[3]) Glück, § 165, S. 625. Koch, § 51. Holzschuher II, § 135, Nr. 1.

[4]) Sanchez, lib. III, disp. 34: „Nec monstrosum est, si filius patri sit legitimus, pater autem non habet jura legitimi patris. Nam proles, quae nihil mali gessit jure optimo, ratione bonae fidei alterius parentis, est plene legitima juraque omnia legitimae prolis sortitur .. at parens in mala fide constitutus, utpote, qui culpae ineundo matrimonium reus fit, merito jure legitimi parentis privatur, ne ex suo delicto commodum reportet; et ideo jus in prolis favorem concessum non debet extendi ad hujus modi parentem.“ Ebenso Giurba a a. O.,

lichen Vaters, dann würde er aus seinem gesetzwidrigen Verhalten geradezu einen Vorteil erlangen.

§ 7.

Dem bösgläubigen Ehemann kommt auch kein Erbrecht auf die sog. sextans zu.

Aber dem bösgläubigen Ehemann einer nichtigen Ehe sind nur die besonderen Rechte genommen, die ihm als legitimen Vater zustehen würden. Anders verhält es sich mit den Rechten, die auch dem natürlichen Vater im allgemeinen zustehen; denn seine Stellung noch schlechter zu gestalten, als sie dann wäre, wenn gar keine eheliche Verbindung bestände, dafür läge an sich kein Grund vor.[1]) Es ist daher noch zu prüfen, ob ein Erzeuger eines Kindes auch dann, wenn gar keine Ehe zwischen ihm und der Mutter des Kindes besteht, irgend ein Erbrecht gegenüber dem Kinde hat. Es wäre dies das Erbrecht des unehelichen Vaters, über dessen Bestehen im gemeinen Recht Streit herrscht.

Es besteht dann, wenn auch das umgekehrte, nämlich das des unehelichen Kindes gegen seinen Erzeuger vorhanden ist.[2]) Justinian hat ein solches in der Höhe von $^1/_6$ des Nachlasses in der Nov. 18, Cap. 5 und Nov. 89, Cap. 12 für den Fall begründet, dass das Kind aus einem erlaubten Konkubinat stamme und der Erzeuger weder eine legitime Ehefrau, noch legitime Kinder hinterlasse. Trotz des Verbotes des Konkubinats durch das kanonische Recht (z. B. c. 6, Dist. 34) und verschiedene Reichsgesetze (so die Reichspol. Ordn. von 1530 tit. 33, von 1548 tit. 25 § 1 und von 1577 tit. 26 § 1) hat die Praxis vielfach das Erbrecht auf $^1/_6$ des Nachlasses angenommen, wegen des Wegfalls des Konkubinats als rechtlichen Instituts aber auf alle unehelichen Kinder ausgedehnt. Dementsprechend

---

Nr. 8; Hertius, § 36; Schmalzgrueber a. a. O., Nr. 18; Glück, § 165; Hartitsch, S. 3; Pfaff, § 756, Anm. 5; Koeppen, S. 395.

[1]) Ebenso Giurba, Nr. 10; Sanchez, lib. 8, disp. 34, Nr. 46.

[2]) Glück, S. 489; Keller II, S. 362; Windscheid, § 574; Anders Rosshirt, S. 207.

billigte ein Teil der Praxis das reziproke Erbrecht dem natürlichen Vater gegenüber dem unehelichen Kinde auf $^1/_6$ zu. Dieses eben nur in einem Teil der Praxis anerkannte Erbrecht ist jedoch nicht gemeines Recht geworden. Im justinianischen Recht beruhte es auf dem vom Recht anerkannten Institut des Konkubinats; sobald durch das kanonische Recht und die Reichsgsetze der Konkubinat geradezu verboten wurde, wurde dem Erbrecht der Gegenstand genommen. Unmöglich kann das Recht günstige Rechtsfolgen für den zulassen, der ein Gesetz übertritt, oder wie Holzschuher[1]) sich ausdrückt: „der Konkubinat, der doch gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, könne nimmermehr zum Rechtsverhältnis erhoben, nicht als Entstehungsgrund von was immer für Rechten anerkannt werden." Zweifellos verstösst also das Erbrecht gegen das Gesetz. Nun könnte sich aber trotzdem gemeines Gewohnheitsrecht gebildet haben.

Dies ist aber nicht der Fall. Ein sehr grosser Teil der Gerichtspraxis hat das Erbrecht allerdings angenommen; da jedoch auch ein grosser Teil der höchsten Gerichte,[2]) zumal in Norddeutschland, sich dagegen ausgesprochen hat, so ist von einem gemeinen deutschen Gewohnheitsrecht infolge gemeinen deutschen Gerichtsgebrauchs nicht die Rede.[3]) Es hat sich nur partikulares Gewohnheitsrecht gegen das gemeine Recht gebildet, was wohl möglich ist, da das gemeine Recht nicht absolut, sondern dem Partikularrecht subsidiär gilt.[4]) Dort, wo also das Erbrecht der unehelichen Kinder gegen ihren Erzeuger Gewohnheitsrecht war, bestand auch das reziproke, es würde daher hier auch dem bösgläubigen Ehemann gegenüber

---

[1]) § 134, Nr. 3.

[2]) Siehe die Entscheidungen in Seufferts Archiv, Bd. 6, 223; 7, 202; 12, 343; 25, 40; 29, 42.

[3]) Auch R. G. Bd. 12, S. 226 steht auf demselben prinzipiellen Standpunkt nur spricht es ohne Grund von „allgemeinem" Gerichtsgebrauch und „allgemeinem" deutschen Gewohnheitsrecht. Siehe darüber Gierke I, § 20, S. 171, Anm. 51, sowie über die Möglichkeit der Bildung eines gemeinen Gewohnheitsrechts überhaupt.

[4]) Kipp in Windscheid, § 18, Anm. 2, § 2.

den Kindern ein Erbrecht auf die sextans nicht zu versagen sein. Gemeines Recht ist aber weder das eine, noch das andere geworden,[1]) mithin kann es gemeinrechtlich auch dem bösgläubigen Ehemann nicht gewährt werden.

Abschnitt 3.

Die Beerbung durch die Verwandten des bösgläubigen Ehemannes.

Abteilung 1.

§ 8.

Stellungnahme der kanonisch- und gemeinrechtlichen Literatur.

Infolge der Seltenheit, in der die Frage, ob die Verwandten des bösgläubigen Ehemannes einer Putativehe gegenüber den Kindern erbberechtigt sind, praktisch geworden sein mag, ist es erklärlich, dass in der gesamten kanonisch-rechtlichen Literatur nirgends eine Stellungnahme zu dieser Frage zu finden ist. Aber auch die gemeinrechtlichen Schriftsteller haben sich nur ganz vereinzelt und nie intensiv mit diesem Problem beschäftigt. Rosshirt[2]) und Wenning-Ingenheim[3]) sprechen einmal davon, dass die Verwandten des Vaters, gleichgültig ob dieser gut- oder bösgläubig sei, nicht zur Erbschaft zuzulassen wären, während Koch,[4]) Habicht[5]) und schliesslich Dernburg[6]) wenigstens nur die Verwandten

---

[1]) Auf diesem Standpunkt stehen Vangerow, § 413; Holzschuher II, § 134, Nr. 3; Wächter, S. 636, Anm. 6; Böhlau II, S. 29 ff., 32 ff ; Schlesinger im Archiv für ziv. Praxis, Bd. 50, S. 207 ff. Ferner die Entscheidungen: Seufferts Arch., Bd 6, 223; 7, 202; 12, 343; 25, 40; 29, 42; R. G. Bd. 12, S. 226. Für die gegenteilige Ansicht vor allem Mayer, Intestaterbrecht der liberi naturales nach dem heutigen römischen Recht, ferner die bei Windscheid, § 574, Nr. 11 Angeführten. Koeppen, S. 395/96, nimmt ein gesetzliches Vermächtnisrecht an.

[2]) S. 318.

[3]) S. 158.

[4]) § 51.

[5]) S. 609.

[6]) Pr. Pr. III, S. 539.

des bösgläubigen Ehemannes von der Erbschaft ausschliessen wollen. Aber weder für die eine noch die andere Ansicht wird irgendwo eine Begründung gegeben. Es lässt sich die Stellung der genannten Autoren vielleicht so erklären, dass die erstere Gruppe jede Verwandtschaft der Verwandten mit den Kindern leugnet (jedenfalls wäre dies der einzige Weg, auf dem sie logischerweise zu ihrem Resultat kommen können), während wohl die zweite Gruppe der Schriftsteller sich bei ihrer Entscheidung, vielleicht unbewusst, von der falschen Auffassung des sogenannten Repräsentationsrechtes leiten lässt. Auf beide Anschauungen wird im nächsten Paragraphen zurückzukommen sein.

Abteilung 2.

Die Entscheidung nach dem Wesen der Putativehe und den erbrechtlichen Bestimmungen.

Absatz 1.

§ 9.

Das Erbrecht der gutgläubigen Verwandten.

Die Quellen geben keine direkte Entscheidung für unser Problem, und da es auch weder in der kanonisch-rechtlichen Theorie noch in der Praxis eine Erwähnung gefunden hat, so ersieht man daraus, dass das Gewohnheitsrecht, das, wie gezeigt wurde, bei der Putativehe sonst eine Rolle spielt, keine Entscheidung für die Frage gebracht hat. Demnach müssen wir eine Beantwortung in der ratio legis, in dem Wesen der Putativehe, wie sie sich nach den Quellen und nach dem Gewohnheitsrecht darstellt, suchen.

Mit der aufgestellten Fiktion der Ehelichkeit wird allgemein ein Verwandtschaftsverhältnis nicht nur mit dem gutgläubigen Ehegatten und dessen Verwandten, sondern auch mit dem bösgläubigen und dessen Verwandten begründet. Gewiss muss man sich dessen bewusst sein, dass grundsätzlich die Kinder aus einer Putativehe nicht ehelich sind, sondern dass nur eine Fiktion der Ehelichkeit vorliegt. Ferner ist richtig, dass man eine Fiktion

nicht weiter ausdehnen darf.[1]) Die aufgestellte Behauptung ist jedoch gar nicht eine solche unzulässige Ausdehnung. Die Verwandtschaft ist nicht eine Folge, die erst durch ausdehnende Interpretation aus der Ehelichkeit gewonnen würde, sondern sie wird ohne weiteres, mit Notwendigkeit durch die Ehelichkeit selbst begründet. Rosshirt (S. 318) begeht einen Irrtum, wenn er annimmt, dass hier ein Fehler in der Auslegung vorliege. Er geht nämlich von einer falschen Voraussetzung aus, wenn er sagt: „Wenn auch die Kinder als legitime fingiert werden, so ist es gegen die Natur einer Fiktion im allgemeinen und gegen den Geist dieser Fiktion insbesondere, sie weiter auszudehnen. Die Eltern haben ja nicht einmal ein Recht, in Rücksicht der bona fides, unter der sie die Ehe eingegangen haben, dieselbe fortzusetzen; wie sollten sie aus der bona fides allgemeine Rechte einer gültigen Ehe ableiten können?" Er scheint in dem Begriff „legitime Kinder" weniger zu sehen, als wirklich darin liegt. Es ist nicht gesagt, „den Kindern werden die Rechte der ehelichen verliehen", ein Gedanke, dessen Fassung an sich wohl möglich gewesen wäre, sondern insofern sie überhaupt als ehelich hingestellt werden, werden nicht nur nach der einen Seite hin Rechte begründet, sondern mit Rücksicht auf den gutgläubigen Gatten wird der Eintritt in die väterliche Familie, die Verwandtschaft mit ihr statuiert. Dies liegt in dem Begriffe der Ehelichkeit, deren Wesen eben in der Beziehung zur Vaterseite liegt, während uneheliche Kinder mit der Vaterseite nicht verwandt sind.[2]) Von älteren Schriftstellern spricht nur einer den notwendigen Zusammenhang der Legitimität und des Eintritts in die väterliche Familie aus, nämlich der Kanonist Schmalzgrueber, welcher sagt[3]): „Quaeritur,

---

[1]) Siehe Rosshirt, S. 318; Fischer, Jahrb., S. 325; Fischer, Pr. Pr., S. 24.

[2]) Für die Mutter und ihre Angehörigen wird durch die Fiktion keine Verwandtschaft neu begründet, da sie schon aus dem Grunde besteht, weil die Mutter, gleichgültig ob das Kind ehelich ist oder nicht, mit dem Kinde verwandt ist.

[3]) a. a. O., S. 318 ff., Nr. 46.

quis sit effectus legitimitatis? Resp.: Sunt praerogativae, quibus gaudent legitimi, quas inter principalis est, quod quantum ad dignitatem, gentem et familiam patris, non matris conditionem sequantur.“[1])

Damit, dass das Institut der Putativehe hauptsächlich in favorem prolis geschaffen sei, kann man die einseitige Auffassung des Begriffes legitimi, nach der überhaupt nur Rechte für die Kinder begründet sein sollen, unmöglich verteidigen; denn dann, wenn man z. B. dem gutgläubigen Elternteil nicht den Alimentationsanspruch zubilligen wollte, würden die Kinder aus der Putativehe ja günstiger gestellt sein als sonstige eheliche Kinder, und das ist doch zweifellos ein widersinniges Ergebnis. Es wird also volle eheliche Verwandtschaft mit allen Rechten und Pflichten begründet.

Die Bösgläubigkeit des Vaters ändert an diesem Legitimitäts- und Verwandtschaftsverhältnis für seine Verwandtenseite nichts; aus dem schon angegebenen Grunde, dass zweifellos Erbrechte, sowie sonstige Rechte aus der ehelichen Abstammung, z. B. auf Alimentation[2]) gegenüber dem bösgläubigen Vater und dessen Verwandten bestehen,[3]) dann aber für diese Rechte jeder juristische Boden fehlt, wenn man die Verwandtschaft abstreitet. Die Tatsache der Bösgläubigkeit des Vaters schafft nicht etwa eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass legitime Kinder mit ihrem Vater verwandt seien, sondern nimmt ihm nur die sich aus dieser Verwandtschaft ergebenden Rechte.

Seinen Verwandten sind jedoch die Rechte nicht

[1]) Auch die Glosse zu Cap. 10 X IV, 17 spricht von einer Legitimation, die alle Wirkungen einer solchen hat. S. auch Thiesing, S. 35.

[2]) Siehe Böhmer, Rechtsf., S. 176 ff.

[3]) Dies wird ausser von Sichard a. a. O. von keinem Schriftsteller geleugnet. Besonders siehe Mauritius, Pars I, Consil. 30 Nr. 17: „Et absque omni discrimine, utrique parenti succedunt, tam ei qui bona fide imprudens contraxerat matrimonium, quam ei qui sciens fefellerat, ac amborum juxta propinquis et consanguineis.“ Koch, § 26; Glück, § 156; Wenning-Ingenheim, S. 158; Dernburg, Pr. Pr. III, S. 539; Habicht, S. 609; Koeppen, S. 387.

entzogen.[1]) Zu den auf der Verwandtschaft beruhenden Rechten gehört auch das gesetzliche Erbrecht,[2]) folglich haben sie auch dieses gegenüber dem Kinde aus der Putativehe.

Man darf sich nicht daran stossen, dass die Verwandten das Erbrecht haben, trotzdem es dem bösgläubigen Vater nicht zusteht. Die Ansicht derjenigen, welche die Verwandten des bösgläubigen Vaters nicht zur Erbschaft zulassen wollen, beruht auf dem unrichtigen Gedanken, dass ein entfernterer Verwandter, der erst durch Wegfall eines ihn bisher ausschliessenden näheren zur Erbschaft berufen wird, nur dasjenige Erbrecht hat, das gerade dem Weggefallenen zustand. Es handelt sich hier um die unrichtige Auffassung des sogenannten Repräsentationsrechtes.[3])[4]).

Nach dieser Auffassung erbt ein bestimmter Personenkreis, nämlich Enkel und Neffen, (zuweilen werden auch Aszendenten zu ihm gerechnet) nicht jure proprio, sondern jure praedefuncti parentis. Die ältere gemeinrechtliche Doktrin, die dieser Auffassung huldigte, hat den Satz nicht aus gesetzlichen Bestimmungen abgeleitet, deren Komplex einen derartigen Standpunkt des Gesetzes zeigte, sondern lediglich an die Worte „in locum" und „in jura parentis succedere" in Nov. 118, Cap. 1 und 3 und Nov. 127 anknüpfend, hat man aus ihnen praktische Folgerungen gezogen, die sonst im Gesetze keine Stütze finden. Man hat den Worten des fr. I. D. de regulis iuris 50, 17[5]) entgegen gehandelt und dadurch grosse Verwirrung angerichtet; denn man ist zur Aufstellung des Satzes gelangt, dass eine entferntere Person nur dann zur Erbschaft käme, wenn auch der ihre Verwandtschaft vermittelnde und sie bisher ausschliessende Verwandte selbst

---

[1]) Ebenso Thiesing, S. 44 ff.

[2]) Siehe oben § 2, S. 15.

[3]) Siehe oben § 8, S. 30.

[4]) In diesem Sinne ist im folgenden das Wort „Repräsentationsrecht" gebraucht.

[5]) „Non ex regula ius sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat".

hätte erben können, und wenn sie selbst Erbe dieses geworden sei. Dies ist jedoch eine „reine Erdichtung".[1])

Wenn man sich aber noch bei Betrachtung des Erbrechts der Enkel und Neffen auf die Worte „in loca" und „in jura parentis succedere" berufen konnte und in der successio in stirpes ein Institut fand, das man mit einem Schein von Recht mit dem Repräsentationsrecht in Beziehung setzen konnte, so fallen auch diese beiden Momente bei der Betrachtung des Erbrechts der Aszendenten fort. Hier ist nirgends von einem „succedere in jura" die Rede und hier findet nicht eine Art successio in stirpes statt. Sondern der nähere Aszendent schliesst den entfernteren aus, gleichgültig, welcher Linie, der väterlichen oder der mütterlichen, der eine und der andere angehört.[2]) Wenn hier ein Repräsentationsrecht vorhanden wäre, dann müssten, wenn väterlicherseits ein Grossvater, mütterlicherseits ein Urgrossvater vorhanden wäre, beide zu gleichen Teilen zu Erben berufen sein, da ja die Personen, die sie „repräsentieren", nämlich die Eltern des Erblassers, so geerbt hätten. Das widerspricht aber der klaren Gesetzesbestimmung, nach der in diesem Falle nur der väterliche Grossvater erbt.

Bei der Aszendentenerbfolge ergibt sich aus dieser einfachen Erwägung schon die Unhaltbarkeit der Annahme eines Repräsentationsrechtes,[3]) und in der Tat haben selbst Schriftsteller, die ein Repräsentationsrecht bei Deszendenten annahmen, dies für die Aszendenten abgelehnt.[4])

Aber auch dafür, diesen Unterschied zu ziehen, bietet das Gesetz zwar äusserlich durch die Worte, keineswegs aber inhaltlich eine Stütze.[5]) Sowohl das Erbrecht der

---

[1]) Sintenis III, § 163, Nr. 11.

[2]) Nov. 118, Cap. 2.

[3]) Siehe Büschel, S. 230.

[4]) So z. B. Glück, § 164, der noch einen Unterschied zwischen Repräsentationsrecht zum Behufe des Rechts der Erbfolge und zum Behufe der Erbteilung (§ 23) macht, der jedoch hier nicht in Betracht kommt. Siehe darüber besonders Vangerow a. a. O.

[5]) Ueber die Unrichtigkeit der Annahme eines Repräsentations-

Aszendenten, als auch das aller andern Verwandten ist ein durchaus eigenes, selbständiges, beruhend auf der Verwandtschaft mit dem Erblasser, gänzlich unabhängig davon, ob der nähere, die Verwandtschaft vermittelnde Verwandte erbfähig ist oder nicht.

Wie oben festgestellt, sind auch die Verwandten des bösgläubigen Vaters in der Putativehe mit dessen Kindern verwandt und geniessen alle Rechte aus der Verwandtschaft; da nun auch erbrechtliche Bestimmungen nicht im Wege stehen, so haben prinzipiell diese Verwandten des bösgläubigen Vaters auch ein Intestaterbrecht gegenüber den Kindern aus der Putativehe.

Absatz 2.

§ 10.

Das Erbrecht der bösgläubigen Verwandten.

Das im vorigen Paragraphen gefundene Ergebnis stellt sich aber nur als das Prinzip dar. Es ist damit schon gesagt, dass es auch Ausnahmefälle geben kann, in denen ein Erbrecht eines Verwandten nicht begründet ist. Gewiss, der Ausschluss des Vaters von seinen Rechten schadet prinzipiell seinen Verwandten nicht; wie aber, wenn bei diesen dieselben Gründe vorliegen, die zur Entziehung der Rechte bei dem Vater geführt haben?

Wie oben festgestellt, ist die Massnahme gegenüber dem Vater als Strafe zu betrachten, die deswegen eintritt, weil er eine schuldhafte Gesinnung gegenüber der Rechtsordnung an den Tag gelegt hat. Sie war bisher immer mit dem umfassenden Begriff „Bösgläubigkeit" bezeichnet, und diese musste nach der Darstellung der

---

rechtes überhaupt siehe Büschel, Streitfr., S. 217 ff.; Vangerow, § 414; Schirmer, § 14; Sintenis III, § 163, Nr. 11; Wächter II, S. 695; Windscheid, § 572, Anm. 4; Kohler, S. 88 ff. Ob man die succ. in stirpes als eine gesetzliche Substitution, wie Büschel, oder mit dem Prinzip der Stammeseinheit, wie Kohler sie zu erklären sucht, aufzufassen hat, interessiert hier nicht.

Gutgläubigkeit[1]) schon in der Kenntnis, ja sogar schuldhaften Nichtkenntnis der Nichtigkeit der Ehe bestehen.

Nun wäre es aber unrichtig, bei einem Verwandten dieselbe schuldhafte Gesinnung zu erblicken, wenn er auch nur diese Kenntnis oder schuldhafte Nichtkenntnis von der Nichtigkeit der Ehe hatte;[2]) denn zwischen beiden besteht ein wesentlicher Unterschied. Er liegt darin, dass der Ehemann trotz der Kenntnis der Nichtigkeit die Ehe eingeht, also bewusst das Gesetz übertritt, während der Verwandte lediglich die Kenntnis der Gesetzesübertretung hat, ohne an ihr selbst beteiligt zu sein. Ersterer hat die frevelhafte Gesinnung an den Tag gelegt, letzerer keineswegs. Wegen dieses Unterschiedes können wir einen solchen Verwandten nicht ebenso behandeln wie den bösgläubigen Vater selbst.

Anders könnte sich aber die Rechtslage gestalten, wenn seitens eines Verwandten unmittelbare Beteiligung an der Gesetzesübertretung vorliegt, z. B. Anstiftung. In diesem Falle verhält sich der Verwandte der Rechtsordnung gegenüber genau so feindlich wie der Ehegatte selbst. Diesem sind zur Strafe, weil ja gerade das Prinzip der Putativehe der gute Glaube ist, die Rechte genommen. Es ist nicht einzusehen, warum bei Vorliegen genau derselben Voraussetzungen auf Seiten der Verwandten, die bei dem Ehegatten die angegebene Wirkung gehabt hat, nicht auch dieselbe Wirkung eintreten soll. Alle Gründe, die aus dem Wesen der Putativehe heraus oben für die Entziehung der Rechte des bösgläubigen Ehegatten angeführt wurden, sind auch hier zutreffend. Warum soll der genau ebenso schuldhafte Verwandte besser gestellt

---

[1]) Siehe oben § 4, S. 18.

[2]) Ein Beispiel: Der Aszendent eines verheirateten Mannes kennt dessen Ehe und weiss, dass Bigamie verboten und eine trotz des Verbotes eingegangene neue Ehe nichtig ist. Er versucht daher den Deszendenten von seinem Vorhaben, trotz Bestehens der ersten Ehe eine neue einzugehen, abzuhalten; trotz aller Mühe gelingt ihm dies nicht. — Der Aszendent kennt nun die Nichtigkeit der Ehe des Deszendenten, ist aber alles andere als an der Gesetzesübertretung beteiligt.

sein als der Vater des Kindes selbst? Das römische Recht verhält sich auch sonst z. B. dem Anstifter gegenüber genau so wie dem Täter gegenüber, so bei den Privatdelikten, die auch auf die schuldhafte Gesinnung, die Arglist, abgestellt sind.[1])

Aus diesen Gründen sind in analoger Anwendung des gewohnheitsrechtlichen Satzes, der sich auf den bösgläubigen Vater bezieht, den Verwandten unter den angegebenen Voraussetzungen die sich aus der Verwandtenstellung ergebenden Rechte, zu denen auch das gesetzliche Erbrecht gegenüber den Kindern gehört, zu versagen.[2])

---

[1]) Siehe Windscheid, § 451, § 454 zu Nr. 7, § 455 zu Nr. 27 § 477 zu Nr. 7 und die dort angeführten Quellenstellen.

[2]) Man könnte hier auch von einschränkender Interpretation der Quellen sprechen.

II. Teil.

Deutsches bürgerliches Recht.

§ 11.

I. Grundsätzliche Voraussetzung des gesetzlichen Erbrechts des Erzeugers und seiner Verwandten.

Das moderne gesetzliche Erbrecht beruht im wesentlichen wie das des gemeinen Rechts auf der Verwandtschaft.[1]) Nur wer beim Tode eines Menschen mit diesem verwandt ist, ist, abgesehen vom Ehegatten, grundsätzlich durch Gesetz zur Erbfolge berufen. Da infolge der positiven Gesetzesbestimmung des § 1589, Abs. 2 B. G. B.: „Ein uneheliches Kind und dessen Vater gelten nicht als verwandt," ein rechtliches Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem Erzeuger eines Kindes und den Verwandten des Erzeugers einerseits und dem Kinde andererseits nur dann vorhanden ist, wenn das Kind ehelich ist oder als ehelich gilt, so würde grundsätzlich beim Fehlen jeder näheren Bestimmung der Ehemann einer nichtigen Ehe und seine Verwandten mit dem Kinde aus dieser Ehe nicht verwandt sein, daher auch kein gesetzliches Erbrecht diesem gegenüber haben; denn die Folge der Nichtigkeit bei einem Rechtsgeschäft ist im allgemeinen die, dass die Wirkungen, die mit dem zu Recht vorgenommenen Rechtsgeschäft verbunden sind, nicht eintreten, das Rechts-

---

[1]) Planck V, Vorbemerkung, S. 3. Strohal, S. 41. Heymann S. 46. Staudinger V, Vorbemerkung V zu § 1924 ff.

geschäft als nicht vorgenommen gilt.[1]) Also müssten auch die Kinder aus einer nichtigen Ehe unehelich sein. Für das Eherecht, das mehrere Arten der Nichtigkeit kennt, gibt es aber diese Art der völligen Nichtigkeit des allgemeinen Teiles nur für diejenigen Ehen, deren Nichtigkeit darauf beruht, dass die Form der Eheschliessung des § 1317 nicht gewahrt ist und die Ehe nicht in das Heiratsregister eingetragen ist (§§ 1324, 1329). Nur dann ist sie für das Recht überhaupt nicht vorhanden. Ihren Grund hat diese Bestimmung in dem Wesen der Ehe als eines „formalisierten Tatbestandes".[2]) In diesem Falle besteht ohne weiteres keinerlei Erbrecht der väterlichen Seite gegenüber einem Kinde aus einer solchen nichtigen Ehe.

Anders ist es aber, wenn die Nichtigkeit auf irgend einem der anderen in den §§ 1325—1328 aufgezählten Nichtigkeitsgründe beruht.

In diesen Fällen kann derjenige, für den Pflichten von dem Bestehen oder Rechte von der Nichtigkeit der Ehe abhängen, sich nicht einfach auf die Nichtigkeit berufen, wenn er sich gegen Ansprüche, die aus dem Bestehen der Ehe gegen ihn abgeleitet werden, verteidigt, oder wenn er selbst Ansprüche aus der Nichtigkeit geltend macht, wie man dies bei allen anderen nichtigen Rechtsgeschäften und auch bei der nichtigen Ehe im Falle des eben erwähnten § 1324 kann; sondern eine derartige Nichtigkeit kann nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden, jedoch mit den Ausnahmen für die Fälle, dass die Ehe bereits für nichtig erklärt oder aufgelöst ist (§ 1329).

---

[1]) Dieser Grundgedanke ist auch im § 108 des I. Entwurfs in einer nicht sehr glücklichen Fassung ausgesprochen worden. Eine derartige Bestimmung ist aber in das B. G. B. nicht aufgenommen, aber nur deshalb, weil sie, wie die Prot. I, 125 sich ausdrücken, „bei dem Stande der Wissenschaft entbehrlich, ihre Fassung im I. Entwurf zu beanstanden und nicht leicht durch eine einwandsfreie zu ersetzen sei." Leonhard, Allgem. T., S. 432. Leonhard, Eherecht, S. 232 ff. Philler, S. 31 ff.

[2]) Jacobi, S. 35.

Nur kurz soll hier auf die Frage eingegangen werden, von welchem Zeitpunkt an die Nichtigkeit wirkt, bezw. wie sich das Rechtsverhältnis der nichtigen Ehe vor der Nichtigkeitserklärung oder vor dem Zeitpunkt gestaltet, in welchem die Nichtigkeit ohne weiteres geltend gemacht werden kann, z. B. dem der Auflösung durch den Tod.

Die herrschende Meinung behauptet, dass die Nichtigkeitserklärung nur deklaratorisch wirke, infolgedessen das Verhältnis von Anfang an so zu behandeln sei, als hätte eine Ehe nie bestanden. Das Urteil habe rechtswirkende Kraft; die Wirkungen der Ehe erlöschten nicht nur für die Zukunft, sondern seien auch regelmässig für die Vergangenheit als nicht vorhanden anzusehen.[1])

Dagegen meint Dernburg,[2]) dass eine allgemeine Rückwirkung nicht stattfinde, die Ehe bis zu den genannten Zeitpunkten als legitim gelte. Jedoch ist der herrschenden Meinung durchaus beizutreten. § 1329 ist eine rein prozessuale Vorschrift, die gar nicht ins B. G. B. gehört (so auch Fischer, Jahrb., S. 51). Es wird hierdurch nur bestimmt, dass die Geltendmachung der Nichtigkeit nur auf eine bestimmte Weise erfolgen muss. Die materielle Rechtslage wird jedoch durch § 1329 nicht berührt. So lange daher die vorgeschriebene Art der Geltendmachung verabsäumt wird, werden nur die tatsächlichen Verhältnisse mit der materiellen Rechtslage nicht in Einklang gebracht.

Nach der hier vertretenen Ansicht vom Anfang der Ehe an, unbestritten aber von dem Zeitpunkt an, da das die Nichtigkeit aussprechende Urteil rechtskräftig geworden oder die Ehe aufgelöst ist, sind die Folgen der Nichtigkeit der Ehe gegeben.

Diese Nichtigkeit der Ehe hat auch bestimmte Folgen bezüglich der verwandtschaftlichen Stellung der aus ihr stammenden Kinder zu ihrem Erzeuger und damit grundlegende Bedeutung für das gesetzliche Erbrecht des Er-

---

[1]) So Planck, § 1329, Erl. 5; Buhl, S. 151 ff.; de Boor, S. 6 ff.; Staudinger zu §§ 1329 u. 1699, 1; Cosack II, § 278; Thiesing, S. 90.

[2]) IV, §§ 20. 21. Siehe auch Philler, S. 30 ff.

zeugers und seiner Verwandten. Die hier in betracht kommenden Normen finden sich im 4. Buch, Titel 5 unter der Überschrift: „Rechtliche Stellung der Kinder aus nichtigen Ehen" (§§ 1699—1704).[1])

II. Das gesetzliche Erbrecht des bösgläubigen Ehemannes und seiner Verwandten bei einer materiell nichtigen Ehe.

1. Kapitel.

§ 12.

Bei ebenfalls vorhandener Bösgläubigkeit der Ehefrau.

Wenn neben dem Ehemann auch die Ehefrau bösgläubig ist, d. h. die Nichtigkeit der Ehe kennt, dann bleibt es, wie im gemeinen Recht, bei dem Grundsatze, dass etwas Nichtiges keine rechtlichen Wirkungen hervorbringe. Die Kinder sind unehelich, und es besteht daher auch kein Erbrecht des bösgläubigen Vaters und seiner Verwandten gegenüber diesen aus der nichtigen Ehe stammenden Kindern.

2. Kapitel.

Bei Gutgläubigkeit der Ehefrau.

Abschnitt 1.

§ 13.

Unmittelbare Wirkung des guten Glaubens auf die rechtliche Stellung der Kinder.

Ist die Ehefrau gutgläubig, dann gelten die Kinder ebenso wie im gemeinen Recht als ehelich nach § 1699,

---

[1]) Nach dem oben Gesagten kommen diese Normen schon von Anfang der Ehe an zur Anwendung. Wenn also die Voraussetzung des § 1699 nicht vorliegt, gelten die Kinder als von Anfang an unehelich. Nur kann die Unehelichkeit lediglich auf dem Umwege über § 1329 geltend gemacht werden. Siehe auch Helbig, S. 471.

Absatz 1, welcher lautet: „Ein Kind aus einer nichtigen Ehe, das im Falle der Gültigkeit der Ehe ehelich sein würde, gilt als ehelich, sofern nicht beide Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschliessung kannten."[1]) Der Unterschied zum gemeinen Recht liegt in der Hauptauffassung also nur darin, dass in diesem die Ehelichkeit bei nichtigen Ehen als Ausnahme fingiert wird, wenn guter Glaube bei mindestens einem Gatten vorliegt, während im B. G. B. grundsätzlich die Ehelichkeit bei nichtigen Ehen fingiert wird und diese Fiktion nur dann ausser Kraft tritt, wenn guter Glaube bei beiden Ehegatten nicht vorliegt.[2])

Sind also die Voraussetzungen der §§ 1591 ff. (Empfängnis aus einer Beiwohnung des Mannes innerhalb der Empfängniszeit und Geburt während der Ehe) erfüllt und kannte die Ehefrau bei der Eheschliessung nicht die Nichtigkeit, dann gelten die Kinder trotz der Nichtigkeit der Ehe als ehelich.[3])

Abschnitt 2.

§ 14.

Die Beerbung durch den bösgläubigen Ehemann.

Für diesen Fall, dass ein Kind nach § 1699, Absatz 1 als ehelich gilt, der Vater aber bösgläubig ist, gibt § 1701 eine Bestimmung. Der Satz 1 dieses Paragraphen lautet: „War dem Vater die Nichtigkeit der Ehe bei der Ehe-

---

[1]) Darüber, dass dieser Paragraph eine Fiktion enthält und nicht etwa eine Vermutung siehe Philler, S. 36, 37; Hedemann, S. 249; Thiesing, S. 200, Anm. 7.

[2]) Siehe auch Philler, S. 37, 38. Ferner berührt fahrlässiges Nichtkennen der Nichtigkeit die Ehelichkeit der Kinder nicht mehr wie im gemeinen Recht.

[3]) Das B. G. B. kennt also ebenso wie das gemeine Recht eine Putativehe, allerdings lediglich mit Wirkung für die Kinder, nicht wie das gemeine Recht nach gewohnheitsrechtlicher Bildung auch für den gutgläubigen Ehegatten. Im zweiten Absatz des § 1699 hat das B. G. B. von der von Fischer vorgeschlagenen Regelung allgemein keinen Gebrauch gemacht, jedoch sind einige Härten vermieden worden, so z. B. durch die Bestimmung des § 1319, entsprechend der Regelung des gemeinen Rechts in Beziehung auf den parocchus putativus.

schliessung bekannt, so hat er nicht die sich aus der Vaterschaft ergebenden Rechte." Voraussetzung für die hier angeführte Wirkung ist also Bösgläubigkeit, das heisst im Sinne des Paragraphen: der Vater muss in dem Augenblick, als er die Eheschliessungserklärung vor dem Standesbeamten gemäss § 1317 abgab, sowohl die Kenntnis von dem Vorhandensein der Tatsache, die der Eingehung seiner Ehe entgegenstand, gehabt haben, als auch noch gewusst haben, dass diese Tatsache eben die Eigenschaft eines Nichtigkeitsgrundes habe.[1]) Dann hat er nicht die sich aus der Vaterschaft ergebenden Rechte.

Es kann sich hierbei nur um die Rechte der ehelichen Vaterschaft handeln; denn abgesehen davon, dass nach B. G. B. der uneheliche Vater als solcher keine Rechte hat, ist ja eben durch die Fiktion des § 1699 die Ehelichkeit des Kindes, also vom Standpunkte des Vaters betrachtet, die eheliche Verwandtschaft mit dem Kinde begründet worden; denn der uneheliche Vater ist nicht mit dem Kinde verwandt (§ 1589, Absatz 2). Wenn ihm nun durch § 1701 alle aus der ehelichen Vaterschaft entspringenden Rechte genommen werden, so verliert er alle Rechte, die er auf Grund seiner Verwandtschaft im ersten Grade haben würde. Zu diesen Rechten[2]) gehört auch das gesetzliche Erbrecht aus § 1925. Mithin verliert er auch dieses.[3]) Der bösgläubige Vater ist demnach von der gesetzlichen Erbfolge gegenüber den Kindern aus einer nichtigen Ehe ausgeschlossen.

---

[1]) Planck, § 1699, Erl. 5; § 1701, Erl. 2. Philler, S. 40.

[2]) Planck V, Vorbem., S. 3. Strohal, S. 41. Heymann, S. 46. Staudinger V, Vorbem. V zu § 1924 ff.

[3]) Fränkel, S. 165, 166. Staudinger, Erl. II zu § 1701 und Vorbem. V zu § 1924 ff. Planck V, Erl. 3 und 4 zu § 1701. Strohal, S. 44. Knitschky, S. 273. Windscheid III, S. 348.

Abschnitt 3.

Die Beerbung durch die Verwandten des bösgläubigen Ehemannes.

Absatz 1.

§ 15.

Das Erbrecht der gutgläubigen Verwandten.

Kinder aus nichtigen Ehen würden ohne die Bestimmung des § 1699 nach dem allgemeinen Grundsatze, dass etwas Nichtiges keine Wirkungen haben kann, und da selbst nichtige Ehen, obwohl nicht unter den allgemeinen Grundsätzen stehend, dennoch jedenfalls durch die rückwirkende Kraft des Nichtigkeitsurteils oder nach der Auflösung als von Anfang an nichtig anzusehen sind, unehelich sein. In diesem Falle wären sie zwar mit ihrer Mutter und deren Seite verwandt (§ 1589), nicht aber mit ihrem Erzeuger und seinen Verwandten (§ 1589, Absatz 2). Durch § 1699 wird aber das Hindernis der Unehelichkeit durch die Fiktion der Ehelichkeit hinweggeräumt, mithin gelten sie infolge des argumentum e contrario aus § 1589, Absatz 2 als mit ihrem Vater und dann auf Grund der Bestimmung des § 1589, Absatz 1 auch als mit seinen Verwandten verwandt. Bei dieser Verwandtschaft bleibt es auch infolge von § 1701. Denn durch diesen Paragraphen wird, wie aus seinem klaren Wortlaut hervorgeht, keineswegs die Verwandtschaft mit dem bösgläubigen Vater und dadurch mit seinen Verwandten beseitigt, sondern es werden nur dem bösgläubigen Vater die sich aus seiner Verwandtschaft als Vater ergebenden Rechte genommen. Alles andere bleibt so, wie es durch § 1699 geregelt ist, seine Verwandtenstellung als solche bleibt vollkommen unangetastet. Geschieht dies mit seiner Verwandtschaft, dann um so mehr mit der Verwandtschaft, die durch ihn vermittelt wird; denn von dieser ist ja im § 1701 nicht einmal so wie von seiner die Rede;[1]) in Be-

[1]) Anders ist es bei der durch Adoption begründeten Verwandtschaft (§ 1763). Hier musste ausdrücklich hervorgehoben werden,

zug auf sie bleibt es bei der Regelung des § 1699. Die Verwandten des Vaters bleiben also mit dem Kinde verwandt, ihnen liegen daher alle daraus entspringenden Pflichten ob, aber sie haben auch alle aus der Verwandtschaft sich ergebenden Rechte; denn ihnen sind sie nicht wie dem bösgläubigen Vater durch das Gesetz genommen. Der Wortlaut des Gesetzes lässt keine andere Entscheidung zu.

Aber auch eine Prüfung des tieferen Sinnes des Gesetzes bestätigt dies Ergebnis vollauf. Das Wesen der Putativehe, wie sie im B. G. B. geregelt ist, besteht darin, dass mit Rücksicht auf den guten Glauben[1]) mindestens eines Ehegatten die Kinder nicht die Nachteile der ihnen eigentlich zukommenden Unehelichkeit haben sollen. Deshalb wird die Ehelichkeit fingiert: durch diese werden die Kinder mit dem Vater und dessen Verwandten verwandt und erlangen auf Grund der Verwandtschaft Rechte, die ihnen sonst nicht zuständen. Aber dieses Verhältnis ist doch kein ganz einseitiges; überall im Recht entsprechen grundsätzlich, solange kein Grund zur Ausnahme vorhanden ist, den Pflichten auch Rechte. Wenn also der Vaterseite durch die begründete Verwandtschaft Pflichten auferlegt werden, soll sie auch die entsprechenden Rechte geniessen.

Nun ist es ja richtig, dass lediglich eine Fiktion die Ehelichkeit begründet und der Grundgedanke immer der ist, dass aus nichtigen Ehen nur uneheliche Kinder geboren werden können. Fiktionen sind sicherlich restriktiv auszulegen. Dennoch würde folgende Argumentation unrichtig sein: da nur eine Fiktion die Ehelichkeit und damit die Verwandtschaft begründet und diese Fiktion lediglich den Zweck hat, den Kindern der Putativehe Vorteile zu sichern, so ist auch Verwandtschaft nur soweit anzunehmen, als daraus die Kinder Vorteile haben, darüber hinaus nicht. Für einen solchen Beweis bietet das Ge-

dass die Verwandtschaft nicht mit den Verwandten des Annehmenden begründet wird.

[1]) Protokolle IV, S. 662 ff.; Philler, S. 28, 29.

setz keinerlei Anhalt. Es stellt lediglich die Fiktion der Ehelichkeit auf; ohne dass diese weiter ausgedehnt zu werden braucht, wird durch sie volle Verwandtschaft begründet, und zwar ohne jede Einschränkung. Wäre eine solche Einschränkung der Verwandtschaft lediglich zu Gunsten der Kinder schon aus dem Wesen der Putativehe zu entnehmen, dann wäre ja der besonders aufgestellte Satz, dass der bösgläubige Vater keine Rechte haben solle, überflüssig, weil selbstverständlich, und die Kinder aus der Putativehe wären besser gestellt als die an und für sich ehelichen; denn diese haben nicht bloss Rechte, sondern auch Pflichten, so infolge des Alimentationsanspruches aus § 1601. Sollen diese Pflichten den Kindern aus der Putativehe nicht obliegen?

In der Bösgläubigkeit des Vaters liegt ein besonderer, sonst nicht vorhandener Grund, ihm die Rechte zu entziehen,[1]) aber nur für ihn. Unter seiner Zurücksetzung können seine Verwandten nicht leiden, sie selbst haben ja das Gesetz nicht übertreten. Ihre Rechte beruhen auf der unveränderten Verwandtschaft, die zwar durch den Vater vermittelt wird, aber einmal begründet, selbständige Rechte hervorbringt.

Also auch aus dem Geist des Gesetzes folgt, dass die väterlichen Verwandten trotz der Bösgläubigkeit des Vaters ihre Rechte behalten.

Ferner zeigt die Entstehungsgeschichte der Gesetzesbestimmung, dass unsere Behauptung richtig ist. Während das französische Recht dem ausgebildeten gemeinen Recht folgt, indem der code civil in den Artikeln 201 und 202 sagt: „Le mariage, qui a été declaré nul, produit néaumoins les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants, lorsqu' il a été contracté de bonne foi. Si la bonne foi n'existe que de la part de

[1]) Selbsverständlich handelt es sich bei dieser Konstruktion nicht nur um ein zeitliches, sondern nur um ein logisches Vor- und Nacheinander. Deshalb ist wohl der Angriff Thiesings, S. 209, Anm. 30, gegen Philler unberechtigt, da doch gedanklich ein Ordnen in ein Vor- und Nacheinander notwendig ist.

l'un des deux époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants issus du mariage," hatte das preussische A. L. R. vom 5. Februar, mit Gesetzeskraft vom 1. Juli 1794, in seinem Teil II, 2, §§ 50 ff. einen anderen Standpunkt zur Putativehe eingenommen. Ihm genügte nicht die Rücksichtnahme auf den guten Glauben eines oder beider Ehegatten, sondern es liess die Rücksicht auf die Kinder ausschlaggebend sein, so dass es dazu gelangte, im § 50 cit. alle Kinder aus nichtigen Ehen für ehelich zu erklären, gleichgültig, ob die Eltern gut- oder bösgläubig seien. Diese Ehelichkeit beschränkte sich jedoch nur auf die Wirkungen in Beziehung auf die unmittelbaren Eltern, während ein Eintritt in die Familien des Vaters oder der Mutter auch bei Gutgläubigkeit beider Gatten nicht erfolgte, so dass also für die Verwandten von Vater und Mutter weder Rechte noch Pflichten begründet wurden (§ 51). Waren beide Eltern bösgläubig, so hatten die Kinder alle Rechte ehelicher gegen diese, die Eltern selbst aber hatten nicht gegen die Kinder die Elternrechte; war nur ein Teil der Eltern bösgläubig, so erstreckte sich diese Wirkung nur auf ihn (§ 54). War also der Vater allein bösgläubig, so war nach A. L. R. die Rechtslage folgende: das Kind hatte gegen die Eltern alle Rechte eines ehelichen; der Vater hatte keine Rechte; das Kind aber hatte auch keine Rechte gegen die Verwandten von Vater und Mutter, diese Verwandten aber auch nicht gegen das Kind.[1])

Der I. Entwurf des B. G. B. vom Jahre 1888 stand in den §§ 1562 ff. prinzipiell auf demselben Standpunkt wie das A. L. R. Im Gegensatz zum gemeinen Recht liess er ebenfalls die Rücksicht auf die Kinder massgebend sein und verlieh daher allen Kindern aus nichtigen Ehen die Ehelichkeit, auch wenn beide Ehegatten bösgläubig waren (§ 1562). Er schreckte aber nicht wie das A. L. R. davor zurück, alle Konsequenzen daraus zu ziehen, und schloss daher, in vollem Bewusstsein im Gegensatz zum

[1]) Siehe Dernburg, Pr. Pr. III, S. 230; Förster-Eccius IV, S. 175.

A. L. R., die väterlichen Verwandten prinzipiell nicht von der Verwandtschaft mit dem Kinde aus.[1])

Für den Fall der Gutgläubigkeit beider Eltern begründen diese Haltung des Entwurfs die Motive IV, S. 845 zu § 1563 folgendermassen: „Der Standpunkt des preussischen A. L. R., nach welchem das Kind auch in diesem Falle nicht in die Familie des Vaters eintritt, wird jenen Rücksichten (nämlich auf den guten Glauben) nicht in ausreichendem Masse gerecht". Diese Rücksichten sind natürlich nicht zu nehmen, wenn beide Eltern bösgläubig sind; da aber trotz der Bösgläubigkeit die Kinder nach der eigentümlichen, auf keinem festen Standpunkt stehenden Anschauungsweise des I. Entwurfs als ehelich gelten, so wird für diesen Fall, dass beide Ehegatten bösgläubig sind, statuiert, dass wenigstens die Verwandten des Vaters nicht als Verwandte des Kindes gelten sollen (§ 1566, Absatz 2). Ist aber nur der Vater bösgläubig, so hat er zwar nicht die Rechte der ehelichen Vaterschaft, seine Verwandten sind aber, wiederum in bewusstem Gegensatz zu § 1566, zur Verwandtschaft zugelassen und geniessen alle Rechte aus der Verwandtschaft (§ 1564). Die Motive lassen sich hierzu folgendermassen aus (IV, S. 846): „Der Entwurf geht davon aus, dass die Rücksicht auf die gutgläubige Mutter dahin führen muss, dem Kinde auch gegenüber der väterlichen Familie alle aus der ehelichen Verwandtschaft sich ergebenden Rechte einzuräumen. Wollte man das Gegenteil bestimmen, so würde die Mutter nicht allein in moralischer Hinsicht eine Zurücksetzung erfahren, sondern auch in materieller Hinsicht dann erheblich beeinträchtigt werden können, wenn der Vater vor seinem Aszendenten versterben sollte. Auf der anderen Seite würde es aber eine nicht zu rechtfertigende Härte gegen die Verwandten

---

[1]) Siehe darüber Philler, S. 23. Dass die mütterlichen Verwandten überhaupt nicht ausgeschlossen werden konnten, hat seinen Grund darin, dass der I. Entwurf ebenso wie das B. G. B. selbst auch uneheliche Kinder mit der Mutter und deren Verwandten verwandt sein lässt.

des Vaters sein, wenn man zwar dem Kinde gegenüber diesen Verwandten, nicht aber den letzteren gegenüber dem Kinde die durch die Ehelichkeit bedingten Rechte beilegen wollte."[1])

Der bewusste Gegensatz zwischen § 1566, Absatz 2 und § 1564 zeigt also deutlich, dass nach dem I. Entwurf, wenn nur der Vater bösgläubig ist, aus Rücksicht auf den guten Glauben der Mutter die Kinder auch Rechte gegenüber den väterlichen Verwandten haben sollen. Diesen Rechten der Kinder sollen aber auch Rechte der Verpflichteten entsprechen, wie sie sich aus der Verwandtenstellung ergeben.

So der I. Entwurf. Da das B. G. B. prinzipiell sich wie der zweite Entwurf wieder auf den Standpunkt des gemeinen Rechts gestellt hat, nämlich die Fiktion der Ehelichkeit nur bei Gutgläubigkeit mindestens eines Ehegatten aufstellt,[2]) ist § 1566 nicht aufgenommen. Anders jedoch geschah es mit § 1564 des I. Entwurfes. Ihn finden wir sachlich wieder im § 1701 B. G. B.[3]) Auch hier ist von einem Ausschluss der Verwandten nicht die Rede. Da ja das B. G. B. noch konsequenter als der erste Entwurf den Schutz des guten Glaubens betont, war es also für den Fall, dass der Vater allein bösgläubig ist, mindestens so wie im ersten Entwurf erforderlich, den Verwandten des Vaters Pflichten aufzuerlegen. Durch die Begründung der Verwandtschaft geschieht dies, von einem Ausschluss der Rechte allein ist in § 1701 ebensowenig wie in § 1564 des I. Entwurfs die Rede. Wenn das B. G. B. dies gewollt hätte, so hätte es ausgedrückt werden müssen; und das B. G. B. hätte auch Veranlassung dazu gehabt, da ja das sächsische B. G. B. vom 2. Januar 1863, das doch zu

---

[1]) Die Motive sind gewiss nicht Gesetz und als Privatansicht im allgemeinen nur mit Vorsicht zur Auslegung von Gesetzen zu verwenden. Da sich in ihnen aber die Entstehungsgeschichte kundtut, sind sie immer doch für deren Betrachtung von Bedeutung.

[2]) Protokolle IV, S. 662 ff.

[3]) Nur der Unterschied besteht, dass die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis nicht mehr der Kenntnis gleichgestellt wird. Dies ist zugleich eine Änderung gegenüber dem gemeinen Recht.

einem grossen Teil als Vorbild gedient hat, eine ähnliche Bestimmung enthält. In § 2039 des sächsischen B. G. B.'s wurde nämlich ausdrücklich ausser dem bösgläubigen Vater die Voreltern von väterlicher Seite von der Erbschaft ausgeschlossen[1]) und galten als vorverstorben. Im B. G. B. ist eine ähnliche Bemerkung nicht zu finden.

Aus allen diesen Gründen ergibt sich, dass nach dem Rechte des B. G. B. die Verwandten des Vaters alle Rechte aus der Verwandtschaft geniessen, auch wenn dem Vater selbst wegen Bösgläubigkeit die Rechte entzogen sind.[2])

Zu diesen Rechten gehört das gesetzliche Erbrecht; mithin müssten sie auch dieses in den Nachlass des Kindes haben, und es fragt sich nur, ob es nicht speziell durch erbrechtliche Bestimmungen ausgeschlossen wird.

Wenn gegenüber der herrschenden Meinung vereinzelte Schriftsteller, vor allem Endemann (III, S. 60), ferner Enneccerus-Lehmann (II, S. 658e), Maercker (§ 6, S. 56), annehmen, dass durch den Vater auch die erst durch ihn verwandten Personen ausgeschlossen werden, so geschieht dies immer ohne tiefere Begründung. Es scheint jedoch ihre Auffassung darauf zurückzuführen zu sein, dass ihnen der Gedanke eines „abgeleiteten" Erbrechtes vorschwebt, wie er von älteren gemeinrechtlichen Schriftstellern vertreten worden ist. Die Annahme eines solchen Erbrechts führt zunächst dahin, einen entfernteren Verwandten nur dann erben zu lassen, wenn auch diejenige Person, durch die er erst mit dem Erblasser verwandt ist, selbst erbfähig war.

Von dieser Anschauungsweise finden wir jedoch im B. G. B. nichts. Die Worte „an die Stelle treten" des § 1924 bedeuten ein blosses Nachrücken, wenn der erstberufene Erbe nicht erbt; dies hat seinen Grund in dem

---

[1]) Mommsen will im § 23 sogar die Kinder von der Beerbung der väterlichen Verwandten ausschliessen.

[2]) Ebenso Planck, § 1701, 4; Staudinger, § 1701, 3; Dernburg IV, § 86; Knitschky, S. 273; Fränkel, S. 165; Heymann, S. 57; De Boor, S. 55; Ahrens, S. 16; Knüppel, § 8; Motive IV, S. 846; Protokolle IV, S. 663; Thiesing, S. 214 ff.

Prinzip, dass der gesamte Stamm berufen ist und das Erbrecht des Einzelnen nur dadurch bedingt ist, dass der Vorberufene wegfällt.[1]) Einen Grund für das Bestehen des Repräsentationsrechtes kann also aus den Worten des § 1924 nicht gefunden werden. Aber auch aus sonstigen Bestimmungen kann nur das Gegenteil erkannt werden. Die Anordnung des § 2051 vor allem, nach der ein entfernterer Abkömmling zur Ausgleichung verpflichtet sein soll, wenn er an die Stelle eines zur Ausgleichung Verpflichteten tritt, zeigt dies deutlich. Sie wäre nicht erforderlich gewesen,[2]) wenn schon aus den Worten des § 1924 ein Eintreten in das Recht des Vorberufenen hervorginge; denn mit diesem Recht wäre dann an sich schon die Kollationspflicht verknüpft gewesen. Daraus, dass die Bestimmung besonders getroffen ist, folgt, dass sonst ein Eintreten in das Recht eines anderen nicht statuiert ist.[3])

Die Worte „an die Stelle treten", die vielleicht noch darauf schliessen lassen, kommen aber überhaupt nur in Beziehung auf die Abkömmlinge vor. Was das Erbrecht der Aszendenten anlangt, so ist dieses um so mehr ein selbständiges, als es ja auf selbständigen Ordnungen beruht und hier nicht einmal ein Eintrittsrecht wie bei den Abkömmlingen vorhanden ist. Lebten z. B. von einem Erblasser nur der Vater und der mütterliche Grossvater, so erbt nur der Vater, und es tritt nicht etwa der mütterliche Grossvater an die Stelle der Mutter des Erblassers, durch die er mit diesem erst verwandt ist, wie dies bei Annahme eines allgemeinen Repräsentationsprinzips sein müsste (§§ 1925, 1926, 1930). Daraus ergibt sich, dass das Erbrecht der Aszendenten durchaus nicht vom Erbrecht derjenigen Personen abhängt, durch die sie mit dem Erblasser erst verwandt sind, sondern dass es selbständig

[1]) Siehe Planck, § 1930, 3; Frommhold, Kommentar, S. 10 ff.

[2]) Motive V, S. 705; Frommhold, Kommentar, S. 10 ff.

[3]) Die Bemerkungen Meyers, S. 102, Anm. 14, dass § 2051 nicht als Beweis herangezogen werden könne, ist nicht richtig, da das Gesetz nicht nur von den Seitenverwandten des Abkömmlings spricht.

auf ihrer einmal begründeten Verwandtschaft beruht. „Der in der Mitte Stehende muss daher keineswegs Erbrecht gehabt haben."[1])

Besteht nun das Erbrecht der Verwandten auch schon bei Lebzeiten des bösgläubigen Vaters? Diese Frage scheint berechtigt; denn mit dem Repräsentationsrecht schieben seine Vertreter dem Rechte noch einen anderen Gedanken unter. Danach soll ein entfernterer Verwandter nur berufen sein, wenn der nähere durch den ersteren erst verwandt ist, nicht mehr lebe; denn erst dann könne man davon reden, dass der entferntere den näheren „repräsentiere"; denn „viventis nulla repräsentatio".

Diese Frage bearf näherer Untersuchung.

Der Satz „viventis nulla repräsentatio" scheint aus einigen Bestimmungen des B. G. B. hervorzugehen,[2]) vor allem aus dem die successio ordinum regelnden § 1930. Er lautet: „Ein Verwandter ist nicht zur Erbfolge berufen, solange ein Verwandter einer vorhergehenden Ordnung vorhanden ist."

Entsprechende Bestimmungen für die successio graduum enthalten §§ 1924, 1925, 1926, 1928.

Den Worten der angeführten Gesetzesbestimmungen nach kann also ein entfernterer Verwandter dann nicht zur Erbfolge gelangen, wenn der seine Verwandtschaft mit dem Erblasser vermittelnde vorhanden ist, ohne Rücksicht darauf, ob er erbt oder nicht. Nur in drei Fällen schreibt das Gesetz ausdrücklich vor, dass der zwar Lebende, aber nicht Erbende wie ein Toter auszuschalten sei. Dies sind die Fälle der Ausschlagung (§ 1953), der Erbunwürdigkeit (§ 2344) und des Erbverzichts (§ 2346).[3]) Hier wird immer die Fiktion aufgestellt, dass der Anfall nicht erfolgt

---

[1]) Dernburg V, S. 40. Ferner Frommhold, Kommentar, S. 10 ff.; Heymann, S. 53; Planck, § 1924, 2; Endemann III, § 16, S. 63 ff.; Knüppel, S. 39; Strohal, S. 48; Motive V, S. 367, 375, 484.

[2]) Heymann, S. 53.

[3]) Für welch letzteren nur wiederum die uns nicht interessierende Ausnahme im § 2349 gemacht ist.

und der Lebende, aber nicht Erbende vorverstorben sei, so dass die Erbschaft demjenigen anfällt, der dann berufen sein würde, wenn der nicht Erbende bei dem Erbfall nicht leben würde. Für den Fall der Ausschliessung durch letztwillige Verfügung (§ 1938) fehlt im Gesetz eine entsprechende Bestimmung im Gegensatz zu § 1972 des I. Entwurfs, wo alle vier genannten Fälle gleichmässig behandelt wurden. Durch diese Bestimmung des I. Entwurfs wurde sofort wieder die oben angedeutete Regel, dass ein entfernterer Verwandter nur dann zur Erbfolge berufen sei, wenn ein näherer nicht mehr lebt, nicht mehr vorhanden ist, so gut wie aufgehoben;[1]) denn in den genannten vier Fällen werden ja gerade Lebende, aber nicht Erbende durch die Fiktion wie Tote ausgeschaltet, und es sind dies wohl alle Fälle, in denen nach erbrechtlichen Bestimmungen die bezeichnete Rechtslage vorkommen kann.[2]) Ob nun der Fall der Ausschliessung im B. G. B. den anderen analog zu behandeln ist, wie die herrschende Meinung[3]) verlangt, oder nicht, wie Heymanns Ansicht ist (S. 53, 54), tut hier nicht allzuviel zur Sache; denn auch Heymann, der übrigens auch nur für die Abkömmlinge das Gegenteil wie die herrschende Meinung annimmt, führt die Mitausschliessung dieser nur auf den eventuell vorhandenen Willen des Testators zurück und erkennt an, dass das Prinzip des B. G. B.'s gegenüber dem I. Entwurf in Beziehung auf das Verhältnis der vier Fälle zu dem Satze „viventis nulla repraesentatio" sich nicht geändert habe; mit anderen Worten: selbst nach seiner Meinung ist das allgemeine Prinzip das, dass der genannte Satz im B. G. B. durch Aufstellung der die Regel vollkommen aufhebenden Ausnahmen aufgehoben sei.[4])

---

[1]) Meyer, S. 103; Planck, § 1924, 2; Strohal, S. 47; Dernburg V, S. 41, Anm. 1.

[2]) Dieser Ansicht müssen die unter Anm. 3 Angeführten und Staudinger, § 1924, Erl. 2 in Verbindung mit Erl. 3 sein.

[3]) Planck, S. 18, Nr. 2; Strohal I, § 9, Anm. 6; Frommhold, Kommentar, § 1938, Nr. 3; Derselbe, Arch., S. 305 ff.; Protokolle V, S. 843; R. G. E. Bd. 61, S. 14; Staudinger, § 1924, Erl. 2.

[4]) Dass die Abkömmlinge auch mit ausgeschlossen sein können,

Nun sehen wir allerdings, dass es noch einen Fall geben kann, bei dem jemand lebt, ohne zu erben. Doch beruht dies nicht auf erbrechtlichen, sondern familienrechtlichen Normen, und daran hat man scheinbar bei der Aufstellung der rein erbrechtlichen Sätze nicht gedacht.

Aus diesen Erwägungen scheint es daher schon hervorzugehen, dass man die genannten Anordnungen dahin interpretieren kann, dass man unter „leben, vorhanden sein" verstehen muss: „als Erbe vorhanden sein" oder „vorhanden sein und zur Erbschaft gelangen".

Diese Betrachtung allein würde aber nicht genügen, um uns das Recht zu geben, gegen die klaren Worte des Gesetzes zu interpretieren; denn es erscheint sehr erstaunlich, dass das Gesetz erst einen Grundsatz aufstellt, dann aber diesen durch scheinbar erschöpfende kasuistische Ausnahmen wieder aufhebt. Jedoch veranlassen uns noch andere wichtige Momente dazu.

So vor allem die Bestimmung des § 2309. Dieser lautet: „Entferntere Abkömmlinge und die Eltern des Erblassers sind insoweit nicht pflichtteilsberechtigt, als ein Abkömmling, der sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschliessen würde, den Pflichtteil verlangen kann oder das ihm Hinterlassene annimmt." Positiv ausgedrückt, ist dessen Sinn: Ein entfernterer Abkömmling und die Eltern sind pflichtteilsberechtigt, wenn ein Abkömmling, der sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschliessen würde, den Pflichtteil nicht verlangen kann oder das ihm Hinterlassene nicht annimmt. Es ist also der Fall so konstruiert, dass ein Abkömmling lebt, aber nicht pflichtteilsberechtigt ist. Dann sind nach dieser Bestimmung der entferntere, bisher durch ihn ausgeschlossene Abkömmling oder die Eltern pflichtteilsberechtigt. Da aber nur der ein Pflichtteilsrecht hat, der auch gesetzlicher

---

führt Heymann nicht etwa auf das Gegenteil des Prinzips, sondern auf einen ganz anderen Grund zurück, nämlich die Auffassung, dass das Intestaterbrecht auch aus dem vermuteten Willen des Erblassers zu erklären sei. Strohal I, § 9, Anm. 6 verkennt dies, auch Frommhold, Arch. a. a. O., nicht ganz scharf.

Erbe sein kann,[1]) so setzt diese Bestimmung voraus, dass trotz des Vorhandenseins eines Abkömmlings ein anderer entfernterer Abkömmling oder die Eltern ein gesetzliches Erbrecht haben. Also auch dies würde mit den Worten der §§ 1924 ff. in Widerspruch stehen.[2])

Am durchschlagendsten erscheint folgende Erwägung: nehmen wir § 1930 in unserem Falle wörtlich, so kommen wir zu einem sonderbaren Resultat. Da der Vater noch vorhanden ist, kann nach den Worten des § 1930 kein Angehöriger einer entfernteren Ordnung zur Erbschaft gelangen. Wenn andere Verwandte nicht vorhanden sind, käme das Erbrecht des Fiskus in Frage. Dieser ist nach den Worten des § 1936, den wir dann ebenso wörtlich wie § 1930 nehmen müssen, jedoch wiederum nur dann berufen, wenn zur Zeit des Erbfalls weder ein Verwandter noch ein Ehegatte des Erblassers vorhanden sind. Sobald aber Verwandte vorhanden sind, gelangt auch der Fiskus nicht zur Erbschaft: der Nachlass wäre erblos. Dies ist jedoch ein Zustand, den das B. G. B. nicht kennt.[3])

Daraus ersehen wir deutlich, dass die Bestimmungen des Gesetzes in den genannten Paragraphen nicht wörtlich zu nehmen sind, sondern dass überall interpretiert werden muss: die Berufung zur Erbschaft schreitet dann weiter, wenn die Erstberufenen nicht als Erben vorhanden sind. Nur so gelangt man zu einer successio graduum und ordinum.[4])

---

[1]) Siehe auch Staudinger V, S. 584, I, D.

[2]) Siehe Strohal I, § 9, Anm. 6; Hellmann, S. 216; Planck, S. 18, Nr. 2. Anders Frommhold, Arch. a. a. O. und Staudinger, § 1924, 2, deren Entgegnung jedoch nicht als stichhaltig erscheint, weil es hier nicht darauf ankommt, ob das Pflichtteilsrecht ein Erbrecht ist oder nicht, sondern darauf, dass ein Pflichtteilsrecht regelmässig ein gesetzliches Erbrecht zur Voraussetzung hat, das eben durch Verfügung von Todeswegen ausgeschlossen ist.

[3]) Dies folgt schon aus den §§ 1922, 1944; siehe Planck, § 1936, 1; Staudinger, § 1936, Nr. 2; Strohal I, § 2.

[4]) Ebenso Planck, § 1924, 2, § 1930, 1; Staudinger V, § 1924, Nr. 3, § 1930, Nr. 2, § 1936, Nr. 3; Strohal I, S. 47; Dernburg V, S. 41, Anm. 1; Motive V zu § 1970; Knüppel, S. 37 ff.; Meyer, S. 129, Anm. 1, S. 104.

Nach dieser Beweisführung stehen dem Erbrecht der Verwandten des bösgläubigen Vaters gegenüber dem Kinde aus der Putativehe, auch wenn der bösgläubige Vater selbst noch lebt, erbrechtliche Bestimmungen nicht im Wege.

Prinzipiell sind also alle Verwandten des bösgläubigen Vaters erbberechtigt.[1])

Absatz 2.

§ 16.

Das Erbrecht der bösgläubigen Verwandten.

Eine positive Bestimmung für den Fall, dass die Verwandten des bösgläubigen Vaters selbst bösgläubig sind, fehlt erst recht in unserem Gesetz, da dies ja überhaupt die Stellung der Verwandten des bösgläubigen Vaters nicht erwähnt und die erbrechtlichen Bestimmungen über Erbunwürdigkeit (§§ 2339 ff.) aus gänzlich anderem Gesichtspunkt heraus zu verstehen sind, eine auf unsern Fall ausgedehnte Auslegung daher unmöglich ist. Wir werden also die Entscheidung aus dem Geiste der gegebenen einschlägigen Bestimmungen heraus zu fällen haben.

Nicht ohne weiteres wird ein Analogieschluss möglich sein, nach dem dann, wenn die dem Vater nach den Worten des § 1701 schadende Bösgläubigkeit bei den väterlichen Verwandten vorliegt, diesem ebenso wie dem Vater die sich aus der Verwandtschaft ergebenden Rechte genommen werden. Nach dem § 1701 besteht die Bösgläubigkeit des Vaters nur in der Kenntnis der Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschliessung. Es ist aber keineswegs angängig, einen Verwandten dann, wenn er seinerseits nur die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschliesung des Ehegatten kannte, ebenso zu beurteilen wie den Ehemann selbst, bei dem diese Voraussetzung vorliegt. Denn

---

[1]) Ebenso Planck IV, § 1701, 4; Staudinger IV, S. 20; Strohal, S. 44, Nr. 7; Knitschky, S. 473; Dernburg 38, Absatz 5; Cosack II, § 365, II, 2; Heymann, S. 49; Ahrens, S. 17; De Boor, S. 55; Knüppel, S. 45; Motive IV, S. 846; V, S. 359; Matthiass II, S. 379; Opet, S. 327, Nr. 7; Thiesing, S. 215.

es besteht zwischen beiden ein wesentlicher Unterschied, der genau so wie im gemeinen Recht darin liegt, dass der Ehemann durch die wissentliche Gesetzesübertretung eine frevelhafte Gesinnung an den Tag legt, während dies bei dem nur die Nichtigkeit kennenden Verwandten nicht der Fall ist.[1])

Die Bestimmung des § 1701 ist nun eine zivilrechtliche Strafe, wie man sie nennen kann. Es ist nicht etwa das Wiederdurchdringen des Grundsatzes, dass Nichtiges keine rechtlichen Wirkungen habe; das wäre es vielleicht, wenn die Verwandtschaft mit dem bösgläubigen Vater aufgehoben würde. Da diese aber unangetastet bleibt und ihm nur die Rechte aus ihr entzogen werden, so ist für eine andere Auffassung als die einer Strafe kein Raum.[2]) Und diese Strafe tritt ein für die schuldhafte Gesinnung, die sich in der Übertretung der Zivilrechtsnorm zeigt.

Den Verwandten, der die schuldhafte Gesinnung nicht hat, zu „bestrafen", liegt gar kein Grund vor. Auf ihn lässt sich also die Bestimmung des § 1701 nicht analog anwenden.

Anders aber, wenn ein Verwandter unmittelbar an der Gesetzesübertretung mitgewirkt hat. Dem Gesetze gegenüber ist dann, z. B. bei Anstiftung, dieselbe schuldhafte Gesinnung entwickelt, wie sie beim Ehemann vorliegt. Das Gesetz muss also gegen den Mitwirkenden genau so reagieren, wie gegen den Täter. So tut es auch z. B. § 830, Absatz 2 B. G. B. Wir sind in unserem Falle berechtigt, die Lücke, die das Gesetz gelassen hat, durch analoge Anwendung der bestehenden Bestimmung für den Vater auszufüllen, weil dies dem Geiste des Gesetzes entspricht.[3]) Wenn die Voraussetzungen genau dieselben sind, muss auch die Wirkung dieselbe sein.

---

[1]) Siehe oben § 10, S. 36.

[2]) Ebenso Protokolle IV, S. 666; Knüppel, S. 36. Dass dem Vater die elterliche Gewalt genommen wird, die hauptsächlich Pflichten in sich schliesst, musste geschehen, weil hier die Rechte nicht von den Pflichten zu trennen sind. Protokolle IV, S. 667.

[3]) Fischer-Henle XXVII, 7; Endemann I, § 12, Nr. 4.

Man wende dagegen nicht ein, dass hier eine unzulässige Herübernahme strafrechtlicher Gedanken ins Zivilrecht vorliege. Das Zivilrecht übt hier selbst eine Art vergeltende Gerechtigkeit.

Ein argumentum e contrario daraus, dass das Gesetz von dem bösgläubigen Vater redet, von den väterlichen Verwandten jedoch nicht, ist durchaus nicht am Platze, weil völlige Übereinstimmung der Voraussetzungen nach dem Sinne der Gesetzesbestimmung herrscht, also dem Sinne nach alles andere als ein Gegensatz vorhanden ist.

Aus diesen Gründen wird einem solchen Verwandten des bösgläubigen Vaters das Erbrecht gegenüber den Kindern aus der Putativehe zu versagen sein.

Lebenslauf.

Am 22. Dezember 1884 wurde ich als Sohn des damaligen Kaufmanns, jetzigen Rentiers Ferdinand Levy und seiner Ehefrau Olga, geb. Cohn, in Guhrau, Bezirk Breslau, geboren.

Nachdem ich hier auf der Gehobenen Bürgerschule vorgebildet worden war, besuchte ich von Ostern 1898 ab das Kgl. Gymnasium in Rawitsch, an dem ich Ostern 1904 die Reifeprüfung bestand. Darauf studierte ich sechs Semester die Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten München, Berlin und Breslau und hörte die Vorlesungen folgender Herren Dozenten:

München: von Amira, Birkmeyer, Brentano, Gaupp, Grueber, Gudden, Hellmann, Kraepelin, Lipps, Loewenfeld, Lotz, von Mayr, Lothar von Seuffert;

Berlin: Dickel, Goldschmidt, Hellwig, Hübler, von Liszt, von Moeller, Erich Schmidt, Schmoller, Wagner;

Breslau: Brie, Engelmann, Fischer, Heilborn, Jörs, Klingmüller, Kühnemann, Leonhard, Herb. Meyer, Sombart, Wolf.

Am 27. Mai 1907 bestand ich die erste juristische Prüfung mit dem Prädikat „gut“ und am 17. Juni 1907 das examen rigorosum.

Seit dem 13. Juni 1907 bin ich dem Königlichen Amtsgericht zu Freiburg i. Schl. zur Ausbildung überwiesen.